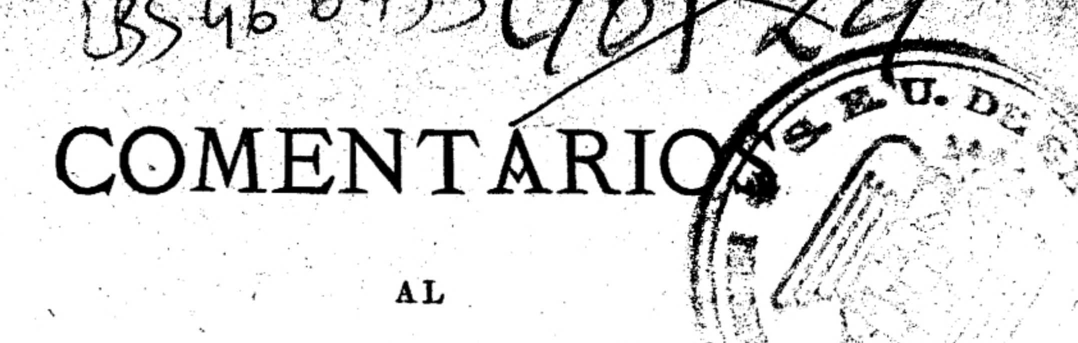


COMENTARIOS

AL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO

Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado,
con honores de Presidente de Sala del mismo Tribunal,
Vocal de las Secciones 1.ª y 4.ª de la Comisión general de Codificación
del Instituto de Reformas sociales y del Consejo Penitenciario
y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

CON LA COLABORACIÓN DE VARIOS JURISCONSULTOS

Y UNA INTRODUCCIÓN DEL

EXCMO. SR. D. FRANCISCO DE CÁRDENAS

TOMO V

Tercera edición, corregida y aumentada.

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
Ronda de Atocha, 15, centro.
1910

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

El epígrafe del libro 3.º llama en primer término la atención hacia un tema muy debatido, el referente á la distinción entre el modo y el título de adquirir.

Modo y título.—Tanto se ha escrito sobre la esencia y aplicaciones de esta teoría, y sobre el fundamento de esa distinción, que si hubiéramos de repetir, aun en resumen, cuanto se ha dicho, sería fácil llevar el trastorno y la confusión á la inteligencia más clara.

Concretándonos á dos autorizados escritores españoles, Azcárate y Sánchez Román, se echa de ver la falta de armonía en la apreciación de esta cuestión. El primero, encuentra que la teoría no tiene fundamento alguno, suponiendo *modo* lo que Sánchez Román nombra *título.* Y éste halla racional y verdadera la distinción, si bien conviniendo en que las palabras *modo* y *título* tienen sólo un valor convencional. La ley Hipotecaria declarando verdad únicamente lo que resulta de los asientos del Registro, y definiendo el título como simple documento, expresivo de un acto jurídico, aumentó la dificultad y llevó al colmo la confusión.

Si buscamos en el Código una opinión clara y concreta, nada encontraremos. Trata el libro 3.º de los diferentes *modos* de adquirir la propiedad; pero parece que usa la palabra *modo* como pudiera usar la palabra *maneras*, *formas*, *actos*, ú otra análoga. El art. 609 no acepta que el contrato sea modo de adquirir sino

mediante la *tradición*, lo cual origina algunas dudas; pero, como después veremos, para el Código la tradición es la simple entrega ó algo equivalente, y lo que se distingue es solamente la obligación y la transmisión.

Azcárate examina la cuestión desde el punto de vista de la *transmisión* de un derecho de obligación ó un derecho real, un crédito personal ó un crédito hipotecario, y encuentra naturalmente que en uno y otro caso lo que se llama *modo* y lo que se nombra *título* es igualmente necesario, puesto que siempre ha de existir voluntad, aptitud y derecho preexistente en el que transmite. Esto es lógico, porque trátese de lo que se trate, nadie puede dar lo que no tiene. Pero dicho escritor se desentiende por completo del *nacimiento* de las obligaciones.

Sánchez Román, por el contrario, compara el *nacimiento* de las obligaciones con la adquisición por *transmisión* de los derechos reales. Para obligarse basta la voluntad, porque cualquiera puede comprometerse á dar cantidades fabulosas aunque no las tenga. Para transmitir se necesita algo más, se necesita tener lo que ha de transmitirse, y este algo, esta preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transmitente, necesaria en la transmisión de los derechos reales, é innecesaria en los derechos de obligación, constituye el *modo* de adquirir.

Ambos autores tienen razón, porque establecen la comparación entre una y otra clase de derechos de un modo muy distinto. El primero, sin embargo, no habla de la obligación por sí sola con independencia de su efectidad ó cumplimiento, y el segundo, al referirse á ella, presenta casos diametralmente opuestos, y así al querer distinguir el modo del título, lo que en realidad separa y halla naturalmente distinto es la obligación y la transmisión.

Un *jus in re*, como dice Mackencie, implica una adquisición completa; un *jus ad rem*, el mero derecho á adquirir la cosa; pero, por una parte, la adquisición del derecho real puede provenir de su nacimiento ó de su transmisión, y por otra, el derecho de obligación puede constituir un objeto transmisible.

Lo que nace no ha existido antes de nacer, ni renace después de haber nacido. El nacimiento en la esfera jurídica quiere decir origen, primera aparición de un derecho. La adquisición es posterior. Puede adquirirse un derecho en cuanto nace, y puede adquirirse mucho después de estar existiendo. La adquisición, en el primer caso, se confunde con el nacimiento; en el segundo, difiere esencialmente de él, y se origina, no por el nacimiento, sino por la transmisión.

La transmisión es el acto por el cual un derecho pasa de una persona á otra. Suele decirse en este caso, que el derecho se extingue en el transmitente y *nace* en el adquirente; pero esto ha de entenderse en su verdadero sentido y sólo con relación á las personas á quienes se refiere, pues realmente el derecho transmitido había ya nacido anteriormente, y al transmitirse sigue el mismo sin alteración, y ni se extingue ni vuelve á nacer. Sin embargo, de aquí proviene la distinción entre los modos de adquirir: *originarios* y *derivativos*.

La diferencia entre los derechos reales y los de obligación se funda en la misma naturaleza de las cosas, conforme expusimos en las ideas generales sobre la posesión. En un caso, la relación jurídica es de persona ó cosa, y en el otro, de persona á persona. Un crédito personal, por ejemplo, constituirá una relación de obligación entre el acreedor y el deudor, mas puede considerarse también como un objeto de transmisión, pues nada impide al acreedor cederlo y á un tercero adquirirlo. La comparación al efecto de investigar si existe ó no la distinción entre el *modo* y el *título*, debe hacerse entre el nacimiento de un derecho real y el nacimiento de un derecho de obligación, y entre la transmisión de una y otra clase de derechos en cuanto sea posible.

Para que *nazcan los derechos de obligación,* basta la voluntad, expresa ó presunta, y como la voluntad se determina á cada momento creando relaciones diversas, nacen sin cesar obligaciones y derechos correlativos. La voluntad, pues, unida á la capacidad ó aptitud de los contratantes, basta para obligarse. ¿Por qué? Porque la voluntad reside en el mismo sujeto del derecho,

y éste, como dueño de ella, la encadena á su arbitrio, dispone de lo que es suyo y preexiste en él.

Para que nazca la *propiedad*, que es el derecho real por excelencia y de donde se derivan todos los demás, basta esa misma voluntad ó intención en una persona para apropiarse un objeto, unida á la aptitud de la misma, y respecto al objeto, que constituye el otro término de la relación que ha de crearse, se exige también aptitud para ser apropiado: que no pertenezca á nadie, que se ignore su dueño, ó que se presuma su abandono; en suma, que nadie pueda alegar un derecho anterior sobre dicho objeto, por no haber existido nunca, por desconocerse su existencia ó por haberse extinguido, y pueda, por tanto, adquirirse por el primero que lo ocupe, por el dueño de lo principal ó de aquello á que se incorpora, ó por el que lo posea durante cierto tiempo. De aquí la *ocupación*, la *accesión* (en parte) y la *prescripción*.

En suma: los derechos de obligación sólo exigen para nacer, *voluntad* ó intención, y *aptitud* ó capacidad en las personas. Los derechos reales, á su vez, para nacer, sólo requieren *voluntad* y *aptitud* en la persona y aptitud en la cosa. Vemos, pues, que entre el nacimiento de los derechos reales y el de los de obligación, no hay más diferencia que las naturales y propias, ya que en un caso hay relación de persona á cosa (y ésta carece de voluntad), y en otro relación de persona á persona. ¿Es ésta la distinción entre modo y título? Entonces es verdad, existe. ¿No es esa? Pues en cuanto al nacimiento no hay verdadera distinción.

Los derechos reales no nacen con la misma frecuencia que los de obligación, por lo mismo que la relación que entrañan es más durable y permanente. Cuando el dueño transmite el usufructo, no se crea este derecho, puesto que, incluído en el de propiedad, nació con ésta cuando se adquirió por el primitivo propietario. Lo mismo puede decirse de todos los derechos reales distintos al dominio, puesto que todos vienen á ser fracciones ó limitaciones de él.

La adquisición por *transmisión*, que es la que compara Azcá-

rate, tampoco ofrece diferencia esencial, pues siempre el que transmite ha de tener un derecho anterior sobre la cosa transmitida, ya sea esta cosa un objeto material, un hecho ó un decho, y éste, de una ú otra naturaleza. Pero en la transmisión siempre hay dación, enajenación, cesión, como quiera llamarse, aunque no siempre se adquiera un derecho real, puesto que éste requiere una cosa material, específica, determinada. Aunque la obligación de persona á persona, individualmente obligada, pudiera transmitirse con separación de todo objeto y sin ser considerada como tal objeto, su adquisición, lo mismo que cuando se tratase del dominio de una cosa ó de un derecho real sobre la misma, requeriría siempre para ser eficaz, la preexistencia del derecho en el transmitente.

Es más, aun extremando las cosas, aun considerando que en el mero hecho de obligarse hay dación ó transmisión de algo, ese algo es la obligación del individuo que se compromete á conceder á otro determinada prestación (dar ó hacer). Y entonces, lo que se encadena en la forma posible es la voluntad, voluntad que también preexiste, ó existe con anterioridad bajo el poder del concedente, y que si no existiera, no se podría conceder. Por esto el recién nacido y el loco no pueden obligarse; no pueden dar lo que no tienen. Ahora bien: cada cual puede en principio disponer de lo suyo; pero al disponer de sus propios actos, de su voluntad, nadie duda que dispone de lo que le pertenece, y al disponer de los objetos exteriores, nadie sabe si son ó no suyos, si se hallan ó no bajo su poder. Por esto, la obligación queda perfecta desde luego; pero el dominio en toda su integridad sobre el objeto, no se transmite mientras no preexista, real y jurídicamente, en el patrimonio del transmitente. Todo esto, sin embargo, que surge lógica y racionalmente por la misma naturaleza de las cosas, no prueba que existan *modo* y *título;* prueba solamente que una cosa es el derecho personal y otra el derecho real; que una cosa es obligarse, y otra transmitir ó cumplir la obligación.

Entendemos, pues, que no existe fundamento para la dis-

tinción en los términos en que quiere establecerse. Si se atiende á la creación de la relación de persona á persona ó de persona á cosa, no hay más diferencia que la que es natural, dados los términos de la relación. Si se atiende á la transmisión, es un principio indudable que nadie da lo que no tiene, cualquiera que sea la naturaleza del derecho transmitido. A esto se reduce, á nuestro modo de ver, toda la cuestión del título y el modo.

Descendiendo á un terreno más práctico, se observa la misma distinción entre el hecho de obligarse y el hecho de transmitir. Lo primero requiere un acto de expresión de la voluntad, creador de relaciones jurídicas, al cual, conste ó no por escrito, podemos llamarle título. Lo segundo se simboliza con la *tradicion*, ya se realice por ministerio de la ley (sucesiones), ya por la entrega material (como es lo general en la donación de muebles) ó por la sola voluntad de las partes; pero siempre dando por supuesto algo: la preexistencia del derecho á obligarse ó del derecho á transmitir. Las mismas facilidades concedidas para que se entienda hecha la tradición, hacen que en muchos casos se confundan el título y la tradición, envolviendo la expresión de la voluntad por sí sola, la adquisión por transmisión del derecho real.

Tratándose de cosas materiales, los romanos exigían la tradición ó entrega material, suponiendo que el que tiene las cosas en su poder y las entrega á otro, tiene sobre ellas el derecho que intenta transmitir. Pero como en realidad no todas las cosas pueden entregarse, y menos aun los derechos, fué preciso inventar fórmulas equivalentes, y de aquí la *tradición fingida*, en sus especies de simbólica, longa manu, brevi manu y constitutum possesorium, *la tradición por ministerio de la ley* y la *cuasi-tradición*.

Estas ficciones, estos actos distintos por los que se suponía hecha una entrega que no se verificaba, por creerse innecesaria en unos casos y por no ser posible en otros, revela bien claramente la falsedad del principio en que trataba de apoyarse la necesidad de la entrega. Esta entrega, en sus diversas fases,

podrá ser un elemento de la verdadera tradición jurídica, pero no puede constituir nunca lo que llamaban los romanos *modo*; pues es claro que si el que entrega no es dueño ó no tiene intención de transmitir el dominio, este dominio no se transmite, y si uno, con capacidad é intención enajena lo que es suyo, aunque no lo entregue, resulta transmitido.

El Código civil exige, para que se adquiera derecho real, la entrega de la cosa en términos generales (art. 1095). La tradición ó entrega de que habla, lleva desde luego implícita la voluntad ó intención de las partes, la capacidad y el acto jurídico, causa, contrato ó título. Si no hay esa intención de entregar la cosa precisamente para el fin ú objeto que la voluntad quiere y desea, no basta la entrega. Habrá contrato *consumado* hasta que se conozca el error, pero no habrá adquisición de derecho real. Además, aunque el Código no lo exprese, aunque el último párrafo del art. 1473 se conforme con la posesión material de la cosa y el 1095 con la simple entrega, ¿quién duda que la relación jurídica no puede cumplirse, que el derecho real no se puede adquirir (salva la prescripción) cuando la cosa transmitida no pertenece al transmitente, cuando el que entrega da lo que no le corresponde?

En la palabra *entrega*, debemos, por tanto, ver comprendida una verdadera tradición jurídica con todos los elementos que le son esenciales y en toda su extensión.

Influencia del Registro de la propiedad en la doctrina de la tradición.—Pero la tradición, aunque la supongamos adornada de todos los requisitos legales de fácil apreciación, puede llevar siempre consigo la incertidumbre acerca de la realidad de la adquisición, porque, como hemos dicho anteriormente, nadie duda que el que dispone de sus propios actos, dispone de lo suyo; pero nadie sabe si al disponer de objetos exteriores, éstos se hallan ó no jurídicamente en su patrimonio.

Para que todos y cada uno de los individuos de la masa general de obligados respete la relación jurídica entre el sujeto activo y el objeto, les basta saber que no son ellos ese sujeto, que

no existe con ellos tal relación. Pero el que esté interesado en la adquisición del objeto ó en contratar sobre él, necesita algo más, necesita saber con certeza quién es ese sujeto. ¿Cómo conocer quién es el verdadero dueño para evitar todo género de error, dolo ó engaño, y los trastornos y perjuicios consiguientes? A falta de otra prueba, la tenencia ó posesión material, unida á la creencia pública de poseer como dueño, sirve de fundamento, es la apariencia de la verdad; pero, ¿es esto bastante?

Tratándose de una cosa mueble ó semoviente, fácil es apreciar su estado, sus vicios, sus buenas ó malas cualidades; tratándose de inmuebles ó de derechos reales sobre los mismos, pueden apreciarse algunas circunstancias, pero no todas. Dada la facultad del dueño para gravar sus fincas, para imponer limitaciones á su dominio, ¿cómo conocer su verdadera situación legal, su verdadero estado de libertad ó gravámenes? En los bienes muebles, la posesión adquirida de buena fe equivale al título (art. 464); pero en los inmuebles, no basta la posesión ó tenencia, ni basta la entrega en cualquier forma en que se realice. De aquí la necesidad de la institución del Registro de la propiedad.

Véase lo que sobre este particular dice Azcárate:

«El Registro tiene un fundamento racional en cuanto se deriva de la naturaleza misma del derecho de propiedad. Es aquél, en su esencia, una institución formal y de garantía de éste, y es su fin hacer público el estado de los bienes inmuebles, mediante la inscripción de todos los actos por los cuales se crean, modifican ó extinguen relaciones jurídicas referentes á los mismos. Para realizarle, preciso es que haya un *registro público* en el que se hagan constar esas vicisitudes, en el que tenga cada finca su historia, por decirlo así, de tal suerte, que el que quiera adquirirla ó constituir sobre ella un derecho real ó prestar con la garantía de la misma, sepa que sólo pueda perjudicarle cuanto en él consta, esto es, que no hay más dueño que el que en él figura como tal, ni el fundo tiene otros gravámenes que los que en él están consignados.»

Pero si de este modo se hace público el estado de la propiedad inmueble, si sólo el que inscribe su derecho debe ser reconocido por todos como el verdadero dueño ó poseedor de la finca ó derecho de que se trate, y el que no cumple esa formalidad no puede obtener esos beneficios, la inscripción no es una simple prueba ni es un requisito ó formalidad indiferente; es mucho más que eso, es la garantía más eficaz del derecho real, es bajo cierto aspecto la base de lo que antes se entendía por modo de adquirir en la tradición, el medio de que todos respeten y todos reconozcan estos derechos y aquellas personas á quienes corresponden.

Por eso dice la exposición de motivos de la primitiva ley Hipotecaria:

«Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán transmitidos ó constituídos en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, *pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.*»

Azcárate dice también, abundando en las mismas ideas:

«La consecuencia de esta organización se ha expresado diciendo que la inscripción ó transcripción ha sustituído á la *tradición;* que la inscripción en el Registro puede considerarse como la forma moderna de la transmisión de la propiedad, y que las reformas llevadas á cabo en este punto han verificado una revolución en la doctrina del título y del modo.»

La necesidad de la preexistencia del derecho en el transmitente se consagra en el art. 20 de la ley Hipotecaria vigente, en esta forma: «Para inscribir ó anotar los títulos en que se transfiera ó grave el dominio ó la posesión de bienes inmuebles ó de-

rechos reales, deberá constar previamente inscrito ó anotado el derecho de la persona que otorgue, ó en cuyo nombre se haga la transmisión ó el gravamen». «En el caso de resultar inscrito el derecho á favor de persona distinta de la que otorga la transmisión ó gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada.»

Teóricamente pueden aceptarse las deducciones expuestas sobre la importancia de la inscripción. Prácticamente ya es distinto: una gran masa de la propiedad no resulta inscrita á pesar de los medios indirectos que creyeron conveniente emplear los autores de la ley Hipotecaria para estimular á inscribir á los propietarios; la inscripción no es obligatoria. Si lo fuese, no lo dudamos, el Código estimaría como única forma de verdadera tradición respecto á bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, la inscripción en el Registro de la propiedad. No siendo obligatoria, el Código, en un caso de duda (art. 1473), da la preferencia al título inscrito si lo hay; mas no habiéndolo, recurre á otros medios ó á otros signos de preferencia. De aquí el dualismo en la legislación respecto á bienes inmuebles. Hasta qué punto pueden armonizarse los preceptos del derecho civil relativos á la tradición, con los preceptos de la ley Hipotecaria referentes á la inscripción, es un tema importante que no corresponde á este lugar, pues tendrá lugar más oportuno en el comentario del art. 1095.

Pasemos al examen del articulado del libro 3.º

Disposición preliminar.

ARTÍCULO 609

La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada é intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.

El libro 3.º del Código trata, según su epígrafe, de los modos de adquirir la propiedad, lo cual no obsta para que luego desenvuelva sólo la materia referente á tres de los modos de adquirir que reconoce. (Ocupación, donación, sucesión.)

Duramente se ha criticado al Código con tal motivo, fundándose: 1.º, en que no trata solo y realmente de modos de adquirir la propiedad, sino también de modos de adquirir los *demás derechos* sobre los bienes; 2.º, en que no se regulan y ordenan en el libro 3.º todos los modos de adquirir que enumera el art. 609, como pedía la lógica y daba derecho á esperar su epígrafe, prescindiendo de los contratos y la prescripción, que ocupan un libro distinto.

Para obrar así, el Código ha tenido en cuenta que la palabra *propiedad* que emplea tiene diversas acepciones, siendo una de ellas equivalente al «conjunto de cosas, sean ó no materiales, que con arreglo á derecho están sometidas á la libre disposición de una persona y se aplican á la satisfacción de sus necesidades», y en tal sentido, todos los bienes y todos los derechos sobre ellos pueden considerarse como propiedad. Aparte de esto, el art. 609 sólo enumera entre los modos de adquirir *ciertos* contratos que constituyen una fracción en el tratado de las obligaciones, y por esto, y por ser el carácter predominante de la prescripción el modo de extinguir derechos, ha preferido desenvolver íntegramente estas instituciones (obligaciones y prescripción) en el libro 4.º, sin colocar en el 3.º la parte de ellas referente á los modos de adquirir, única que en rigor debiera en tal sitio ser tratada.

Después de todo, estas cuestiones no tienen ninguna importancia práctica.

*
* *

Dividíanse en el derecho romano los modos de adquirir en *naturales* y *civiles*. Aquéllos se subdividían en *originarios* y *deri-*

vativos, y los originarios, en originarios *simpliciter (la ocupación)* y originarios *secundum quid (la accesión)*. Era modo derivativo la *tradición*.

Los modos de adquirir *civiles* se subdividían en *universales* y *singulares*. Se consideraban como singulares *la usucapión, la prescripción, la donación, el legado y el fideicomiso singular*, y modos universales, *la herencia, la posesión de bienes, la adquisición por adrogación, la adición hecha á fin de mantener las manumisiones, la bonorum emptio, y la sucesión por el Senado Consulto Claudiano.*

La usucapión y la prescripción, como la herencia y la posesión de bienes, constituían en el fondo una sola institución cada grupo. En tiempo de Justiniano, el adrogante adquiría sólo el usufructo y no la propiedad de los bienes del adrogado; la adición por los manumitidos para el caso de herencia abandonada por los herederos instituídos recibió mayor extensión, y en cambio fueron suprimidas ó habían caído en desuso las otras formas de adquisiciones universales de los vivos, ó sea la *bonorum emptio*, por la cual los acreedores reclamaban la venta en masa de los bienes de su deudor, que pasaban al comprador como sucesor universal, y la adquisición por el Senado Consulto Claudiano, en virtud de la que el señor de un esclavo unido á una mujer ingenua adquiría derecho sobre ésta y sobre todos los bienes de la misma.

No encontramos en nuestras antiguas leyes una clasificación de los modos de adquirir.

Nuestro Código tampoco pretende llegar en este punto á la perfección.

Suponiendo libres las cosas de todo poder ó relación, la propiedad sobre ellas se crea por la ocupación. Una vez creada la relación, no se rompe en absoluto sino mediante el abandono real por el primitivo propietario, y la posesión, defensa y conservación de las cosas ó derechos por otra persona durante cierto tiempo (prescripción). Mientras la relación de propiedad subsiste, sólo el dueño puede transmitir ese poder en todo (propiedad) ó en parte (derechos reales), y de aquí los otros modos

enumerados en el art. 609, y por los cuales propiamente no nace el derecho, sino que se transmite. De esta misma base de clasificación parte Azcárate, aunque distinga entre los modos de adquirir originarios y derivativos, *intervivos* y *mortis causa.*

La frase «pueden también adquirirse», tiene racional explicación. La sucesión, la donación, la tradición, son siempre modos de adquirir. La prescripción es más frecuentemente un modo de extinguirse un derecho ó una acción. De manera, que colocada al lado de las demás, ó exigiría una aclaración ó no sería la afirmación propia ni verdadera. Por eso, sin duda, se dice: «Pueden también adquirirse por medio de la prescripción», ó lo que es lo mismo, casos hay en que la prescripción es también un modo de adquirir.

Ya nos hemos ocupado de la tradición en las ideas generales de este libro.

Entre los modos de adquirir que enumera el art. 609, se encuentra la ley. No existe título especial que á ella se dedique; sin embargo, la adquisición por la ley se mezcla con todos los demás modos de adquirir. Hemos visto que el usufructo se constituye por la ley (art. 468); hemos tratado de las servidumbres legales, y en su lugar examinaremos la materia importante de las legítimas. La materia de las reservas (arts. 968 y 811), la adjudicación de bienes gananciales á falta de contrato sobre los bienes del matrimonio, el derecho á retraer en los artículos 1521 á 1525, las adquisiciones del Estado respecto á bienes mostrencos, etc., son ejemplos de ese especial modo de adquirir.

No creemos necesario extendernos en consideraciones generales sobre cada uno de los modos enumerados en el art. 609, ni discutir sobre si la clasificación de nuestro Código es más ó menos completa y más ó menos perfecta. Basta pasar la vista por los códigos extranjeros para comprender las diversas apreciaciones de que es susceptible la materia.

Francia y Bélgica.—Sucesión, donación *intervivos* ó testamentaria, obligaciones, accesión ó incorporación y prescripción.

Italia.—Lo mismo que el Código español, prescindiéndose de la ley.

Portugal.—Adquisiciones por hechos y voluntad propia (ocupación, prescripción, trabajo humano). Adquisiciones por hechos y voluntad propia y de otro conjuntamente (contratos y obligaciones). Adquisiciones por la ley ó los actos de otra persona (sucesiones, gestión de negocios).

Holanda.—Apropiación, incorporación, prescripción, sucesión legítima ó testamentaria y tradición.

Zurich.—Propiedad inmueble. Actos *intervivos* y *mortis causa*, y prescripción. Propiedad mueble. Ocupación, percepción de frutos, transformación, mezcla, prescripción y tradición.

Rusia.—Ocupación, accesión, prescripción, percepción de frutos, contratos y sucesiones.

Inglaterra.—Respecto á bienes *reales*, la sucesión, la ocupación, la prescripción, la confiscación, la enajenación y el *escheat* (adquisición por la Corona).

Guatemala.—Ocupación, accesión, prescripción, herencia, contratos.

Méjico y *Baja California.*—Apropiación, accesión, prescripción, trabajo, contratos y sucesiones.

Uruguay.—Ocupación, accesión, tradición, herencia y prescripción.

Chile.—Ocupación, accesión, tradición, sucesiones, obligaciones y prescripción.

República Argentina.—Ocupación, accesión y tradición en general.

TÍTULO PRIMERO

DE LA OCUPACION

La importancia concedida á la ocupación ha sido tal, que hasta llegó á considerársela como el fundamento de la propiedad. Nada más natural que el creer que antes de la aparición de la humanidad sobre la tierra, todas las cosas, todos los objetos exteriores carecían de dueño, se hallaban en estado de libertad. El hombre, al aparecer, las hizo suyas por la ocupación, con el mismo derecho que aun hoy se apropia lo que á nadie pertenece. La aprehensión de los frutos y de los animales necesarios para su subsistencia, del silex ó el hierro con que fabricaban armas necesarias para su defensa, de la madera ó la piedra necesarias para su albergue, de los ganados que llegaron á constituir su riqueza, y, por último, de la tierra misma, fueron en sucesivos períodos formas distintas de ocupación, todas respetadas, ó por la misma naturaleza de las cosas que imposibilitaba toda aprehensión posterior, ó por la prioridad de la ocupación que por sí sola implicaba el poder sobre el objeto y el preferente derecho sobre todo tercero.

Salta á la vista, sin embargo, que la ocupación pudo ser el origen histórico de la propiedad, ó al menos de la propiedad mueble, pero nunca su fundamento. Aun ese origen, sin prueba de respeto que impidiera el derecho del más fuerte, no resulta justificado respecto á la propiedad inmueble, pues los hombres primitivos constituían familias ó tribus nómadas, errantes, que *ocupaban* la tierra sin pensar siquiera en su apropiación, siendo

más tarde la propiedad de la tribu y no del individuo, según confirma la razón, prueba el carácter esencial de ser esa propiedad inalienable, y acreditan los estudios modernos.

No es nuestro ánimo extendernos en estas cuestiones. La teoría que consideraba á la ocupación como el fundamento de la propiedad, cedió su puesto á otras, más ó menos erróneas, y hoy está desacreditada.

Pero la ocupación, como modo de adquirir, no es por eso menos importante.

Los romanos consideraban que la ocupación se extendía á todas las cosas que carecían de dueño, las cuales, por la ley natural, pertenecían al primero que se apoderaba de ellas. Así, los animales salvajes y á su lado las palomas, pavos reales y abejas; los productos de esos animales, nidos, miel, etc.; las conchas, perlas, coral, etc., todo lo que se encuentra en el mar ó en sus orillas, las islas nacidas en el mar, los objetos y bienes que el propietario ha desamparado, y hasta las cosas del enemigo, y el enemigo mismo, eran considerados como objeto de ocupación.

Análogo criterio seguían las Partidas, y la ley 20, tít. 28, Partida 3.ª, habla aún de la adquisición de cosas y personas por medio de la guerra.

Esta especie de ocupación, denominada bélica, casi ha desaparecido. «Por fortuna, dice Azcárate, ha perdido la importancia que antes tuviera, desde que ha ido ganando terreno el principio de que la guerra es de Estado á Estado, y por consiguiente, que la propiedad particular no puede ser objeto de botín. Sin embargo, todavía se habla de ella en algunos Códigos, y tiene interés el punto interesante de las presas marítimas.»

En la ocupación de inmuebles hay que distinguir los que nunca han tenido dueño y los que han sido abandonados. Ejemplos de esta ocupación en sus dos aspectos nos ofrece la Partida 3.ª, tít. 28, cuya ley 29 es relativa á la invención de una isla formada en el mar, así como la 50 lo es al desamparo de una cosa raíz. Aún existe en algunos Códigos modernos (provin-

cias bálticas, Servia), esta misma forma de ocupación, con doctrina análoga á la de las Partidas. El de Austria (art. 387) establece que las leyes administrativas fijan los casos en que la tierra ó los edificios deben considerarse como abandonados ó confiscados, los unos por falta absoluta de cultivo, los otros por falta de reparación.

En vista del silencio de la generalidad de los Códigos, pregunta el mismo autor antes citado: «¿Es que este modo de nacer la propiedad inmueble, la ocupación individual, que muchos han considerado, erróneamente por cierto, como el origen histórico de la misma, no puede tener aplicación hoy? No es esto debido, á nuestro juicio, á que toda la tierra esté ya apropiada, pues es evidente que hay mucha inculta é inapropiada, de lo cual es buen ejemplo España, sino á que se supone que los bienes raíces que están en ese caso pertenecen al Estado ó á los municipios, como sucede entre nosotros con los *baldíos* »

Algo análogo puede decirse respecto á las *minas* no susceptibles de apropiación por ocupación, según la mayoría de las legislaciones, punto sobre el cual nos referimos á lo expuesto sobre el cap. 2.°, tít. 4.°, libro 2.° de nuestro Código.

Al comentar los arts. 351 y 352 observamos ya las limitaciones impuestas para la apropiación del tesoro oculto. Y, por último, la ley de Mostrencos de 9 de Mayo de 1835 dió el golpe de muerte á la doctrina de la ocupación, tendiendo á hacer propiedad del Estado cuanto carecía de dueño.

Nuestro Código, sin embargo, al proclamar de nuevo el antiguo principio *res nullius cedit occupanti,* en el art. 610, y al generalizar la doctrina referente al hallazgo en el art. 615, devuelve á la doctrina de la ocupación algo de su esplendor pasado, y limita el derecho absorbente del Estado, como tendremos ocasión de examinar.

Como cosa curiosa haremos constar, por último, que en Inglaterra, según Blacktone, citado por Azcárate, el beneficio de los elementos, tales como la luz, el aire y el agua, sólo puede apropiarse por ocupación.

ARTÍCULO 610

Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

El Código no define la ocupación, pero se conforma, indudablemente, en el artículo copiado, con el concepto admitido respecto á dicho modo de adquirir.

Para que sea eficaz la ocupación son necesarios tres requisitos: 1.º, que la cosa no esté apropiada, no pertenezca á nadie, sea por no haber tenido nunca dueño, sea por haber sido realmente abandonada por éste, con intención manifiesta ó presunta de desprenderse de ella, de renunciar ó abdicar todo poder sobre la misma (cosas *nullius* ó *derelictae*); 2.º, el apoderamiento ó aprehensión, la posesión material de esa cosa; 3.º, la intención de apropiársela, pues sin esta intención la aprehensión nada significa, y al ser las cosas nuevamente abandonadas continúan sin dueño.

El resultado de la ocupación es la adquisición del *dominio* sobre las cosas, porque, dadas las condiciones expresadas, no puede resultar la adquisición de un derecho distinto, ya que nadie puede alegarlo como preferente, ni menos pretender un derecho real limitado sobre las cosas que se ocupan.

Cosas objeto de la ocupación.—Los bienes ocupados han de ser, con arreglo al art. 610, apropiables por naturaleza y carecer de dueño.

1.º Como aquí se trata de la *apropiación individual*, hemos de estimar inapropiables, por naturaleza, el aire, el calor, la luz, la electricidad, el mar, etc. Estos bienes, como inagotables, no los considera el Código susceptibles de ocupación. Nada impide un *uso* individual, más ó menos permanente y determinado, de una pequeña cantidad de esos bienes; mas pasadas las circunstancias que requieren ese uso ó aprovechamiento espe-

cial y exclusivo, si bien vuelve á su fondo común ó desaparece sin constituir nunca una verdadera propiedad individual.

2.º La carencia de dueño es, en el objeto de la ocupación, un requisito esencial. El Código aplica este principio con todo rigor. El legislador no se fía de la apariencia de abandono, y como veremos al comentar los arts. 615 y 616, espera á obtener por el transcurso del tiempo la plena confirmación del hecho, y sólo entonces adjudica la cosa al que la encontró. En el caso del tesoro oculto, el largo tiempo que se supone transcurrido desde la ocultación justifica también plenamente la idea del abandono.

En cuanto á los bienes de dominio público, no puede decirse que carecen de dueño, ni son, por lo mismo, susceptibles de ocupación.

Especies de ocupación. — Menciona el art. 610 solamente la caza y pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas, y sólo de estas especies se ocupan los arts. 611 al 616. Sin embargo, la enumeración que se hace es demostrativa y no taxativa. Así es que, á pesar de no expresarse por dichos artículos el derecho á ocupar las conchas, mariscos, plantas, perlas, etc., que se crían en el mar ó sus orillas, nadie duda que pertenecen al primer ocupante en virtud de la regla general del art. 610, confirmada en esa parte por el art. 12 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880.

Presas de guerra.—Nos consta que la ocupación bélica se ha reducido considerablemente, quedando sólo las reglas relativas á presas marítimas y otras especiales en caso de guerra. Propiamente no constituye esta materia una especie de ocupación, pues sólo por una ficción cabe establecer que el botín cogido al enemigo carece de dueño, y de ordinario no se adjudica al ocupante. Sin embargo, haremos constar que el art. 880 del reglamento del Servicio de campaña de 5 de Enero de 1882 considera buena presa todos los objetos útiles para la guerra, armas, municiones, víveres, forrajes, almacenes, máquinas, carros, material de ferrocarriles, de puentes y obras en general,

al paso que el art. 888 establece lo siguiente: «Todo el que recoja valores ú objetos pertenecientes á prisioneros, heridos, muertos ó ciudadanos inofensivos, incurre en delito, castigado con pena tan rigurosa, que puede llegar á la de muerte. Los valores ú objetos preciosos encontrados sobre los muertos, deben entregarse inmediatamente al jefe del Cuerpo, quien hará la investigación necesaria para encontrar los herederos. No compareciendo éstos, los despojos deben repartirse entre los que los han cogido y las Cajas de los Cuerpos.» Contienen otras disposiciones los arts. 886, 887 y 889. Según el 887, las cajas públicas, armas, caballos, material de guerra, municiones, etc., se remitirán directamente al general comandante más próximo, bajo las penas más severas.

Aparte de esto, aunque el corso se halla prohibido, por regla general, puede autorizarse esa forma especial en caso de guerra marítima, facultando á los particulares para armarse en corso y hostilizar y aun apresar los buques del Estado enemigo, puntos sobre los cuales puede consultarse el tít. 8.º, libro 6.º de la Novísima Recopilación, y, sobre todo, la ley 4.ª, que contiene la Ordenanza dada en Segovia el día 20 de Junio de 1801, por Carlos IV.

Ocupación de inmuebles.—Preténdese por autores distinguidos que han de estimarse vigentes las leyes 29 y 50, título 28, Partida 3.ª, que á esta materia se referían, porque es indispensable en esos casos una solución, y el Código no la da. Sentimos no conformarnos con esta opinión. La derogación por el artículo 1976 de todos los Cuerpos legales que constituían nuestro derecho común en todas las materias que son objeto del Código, lo mismo en el concepto de leyes directamente obligatorias que en el de derecho supletorio, no puede ser más clara y terminante. Derogadas las disposiciones referentes á la materia de la ocupación, quedan derogadas todas las referentes á casos especiales dentro de esa materia. Ni vale sutilizar sobre la extensión de la palabra *materia*, empleada en dicho artículo para limitarla á un precepto especial, porque por este camino se de-

mostraría que el Código quiso dejar *algo* subsistente de nuestros antiguos cuerpos legales, y por disfrazar su letra se contrariaría abiertamente su espíritu, que no puede ser más evidente.

Si hubiera en el Código omisión ú olvido imperdonable de algo, ahí está también suficientemente claro y expresivo el artículo 6.º: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho.»

Pero en el caso especial á que nos referimos (bienes inmuebles sin dueño ó abandonados) no es ciertamente *falta* de disposición aplicable lo que existe, de tal modo que sea necesario acudir á las Partidas, sino *sobra* de preceptos que en circunstancias dadas hará difícil la elección. Respecto á la isla en el mar ó río no hay cuestión, porque expresamente la resuelve el art. 371 del Código (1); mas respecto á otros bienes inmuebles, encontraremos: 1.º El precepto general del art. 610, que declara que se adquieren por ocupación los bienes (muebles é inmuebles) que carecen de dueño. 2.º El del art. 438, que establece que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa (sea mueble ó inmueble). 3.º El decreto de las Cortes de 4 de Enero de 1813 y demás disposiciones referentes á terrenos baldíos.

Respetando esta legislación especial sobre baldíos, creemos que los raros casos de inmuebles que aparentemente se hallen abandonados ó sin dueño, se rigen hoy por el Código civil. El particular que los ocupa hace uso de un derecho que el Código reconoce como legítimo, y adquirirá la propiedad ó sólo la posesión necesitando prescribir, según que el abandono sea ó no real, según que el inmueble carezca ó no de dueño.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 610 de nuestro Código con el 716 de los de Francia y Bélgica, 711 del de Italia, 383 del de Portugal, 542 y 543 del de Guatemala, 606 y 607 del de Chile, 2595 al 2597 del de la República Argentina, etc.

---

(1) El derecho á otras islas en alta mar no debe regularse en el derecho civil.

El código de Portugal divide en tres secciones la materia de la ocupación: 1.ª Ocupación de los animales. 2.ª Ocupación de las cosas inanimadas. 3.ª Ocupación de los objetos ó productos comunes ó no apropiados, incluyendo en esta sección las aguas, las minas y las sustancias vegeteles, acuáticas ó terrestres, como los pastos de los terrenos baldíos.

ARTÍCULO 611

El derecho de caza y pesca se rige por leyes especiales.

Las primeras especies de ocupación á que el Código se refiere son la caza y la pesca. Respecto á ellas no sienta el art. 611 precepto alguno fundamental, sino que declara que esos derechos se rigen por leyes especiales. Sólo podemos considerar, por lo tanto, como fundamental el art. 610, según el cual las cosas que carecen de dueño pueden adquirirse por la ocupación.

La caza es la ocupación de los animales fieros que hay en la tierra ó en el aire. La pesca es esa misma ocupación aplicada á los animales del mar.

Nuestro comentario se ha de reducir á exponer la legislación vigente sobre caza y pesca, sobre todo en lo que pueda relacionarse con el derecho civil.

I.—CAZA.

La ley vigente es la de 16 de Mayo de 1902, y su reglamento fecha 3 de Julio de 1903.

«Se comprende—dice su art. 7.º—bajo la acepción genérica de cazar todo arte ó medio de perseguir ó de aprehender, para reducirlos á propiedad particular, á los animales fieros ó amansados que hayan dejado de pertenecer á su dueño por haber recobrado su primitiva libertad.»

Ya expusimos (art. 465) lo que debe entenderse por animales fieros, amansados y domésticos, definiéndose en la vigente ley de Caza en sus arts. 2.º, 3.º y 4.º

Los animales salvajes pertenecen al que los ocupa; tan libres

son en el terreno propio como en el terreno ajeno, á menos de no considerarlos solamente como una especie de accesión de la finca en que se encuentran. Aceptando la ley aquel principio, todo se reduce á hacerlo compatible con el derecho de propiedad, y en la extensión ó medida de este respeto al derecho de propiedad, caben más ó menos concesiones y existen opiniones más ó menos diversas. Así se explica que estudiando la ley de Caza, unos autores sostengan que se prefiere el derecho del propietario sobre el del cazador, y otros lamenten que se sacrifiquen en aras de éste los derechos de aquél.

El derecho de cazar corresponde á toda persona mayor de quince años; y puede ejercitarse en terrenos del Estado y de los pueblos, si no se hallan vedados por quien corresponda, y en terrenos de propiedad particular por su dueño ó con permiso escrito de él, si se trata de propiedades cerradas ó amojonadas al menos.

A. *Limitaciones del derecho de caza.*—Aparte lo referente á la edad, existen las limitaciones siguientes:

Primera. La necesidad de proveerse de las correspondientes licencias de uso de escopeta y de caza, y, en su caso, de las especiales para cazar con galgos ó podencos, con hurón ó con reclamo.

Reguló el uso de las licencias el Real decreto de 10 de Agosto de 1876 Hoy hay que aplicar las disposiciones de la ley de Caza, combinadas con las de la ley del Timbre.

Puede obtener licencia de caza toda persona mayor de veintitrés años, y aun los menores de esa edad y mayores de quince, á quienes garanticen, por escrito ante la Autoridad, sus padres ó tutores. Corresponde concederlas á los Gobernadores; son personales é intransferibles, y valederas en toda la Península; no han de ser nunca gratuitas, y duran un año.

Los Capitanes generales pueden conceder licencias á los militares en activo servicio, á los retirados con sueldo y á los condecorados con la cruz de San Fernando (arts. 8.º, 28 y 29 de la ley, y 5.º, 6.º, 47 y 48 del reglamento).

La ley del Sello y Timbre del Estado vigente (26 de Marzo de 1900, con las modificaciones introducidas por la actual ley de Presupuestos), fija el timbre correspondiente á estas licencias, en relación á la cédula personal del interesado, correspondiendo á la de caza y uso de armas de caza y para cazar, 40, 30, 20 ó 15 pesetas, y á la de uso de armas en general 30, 20, 10 ó 5 pesetas.

La licencia de uso de armas sólo autoriza para llevar armas cortas y rayadas, pero nunca para el uso de armas de caza ni para ejercitar el derecho de cazar (art. 48 del reglamento).

La licencia especial de hurón cuesta 10 pesetas por cada hurón, y sólo se concede á los arrendatarios de montes y á los que se dediquen á la industria de saca de conejos (art. 26 de la ley). La de caza con galgos ó podencos cuesta 10 pesetas por cada perro (art. 35).

La de caza de la perdiz con reclamo exige licencia de 25 pesetas por cada reclamo, macho ó hembra, y sólo puede concederse á los propietarios ó arrendatarios de terrenos de vedado de caza (art. 18 de la ley y 35 de su reglamento).

La Real orden de 16 de Octubre de 1895 previno que el propietario, para cazar en su finca, necesitaba, como otro cualquier cazador, la licencia de caza, pues la de armas por sí sola no se otorgó más que para la defensa personal y la de la propiedad rústica. Del art. 18 de la ley de Caza, en relación con el 29, parece deducirse que el propietario, para ejercitar su derecho en terrenos de vedado de caza, sólo necesita licencia de armas; pero el resultado es el mismo, en vista del art. 48 del reglamento y teniendo en cuenta que la ley del Timbre equipara la licencia de caza á la de armas para cazar.

Segunda. No está permitido cazar en la época de la reproducción. El período de la veda en cada provincia se detalla en el art. 17 de la ley de Caza. Tampoco se consiente en ningún tiempo la caza con hurón, lazos, perchas, redes, liga y cualquier otro artificio (excepción hecha de los pájaros que no sean declarados insectívoros), ni la caza de la perdiz con reclamo.

Estas limitaciones tienen por fin la conservación de la caza, y no alcanzan, como luego veremos, á ciertos propietarios que pueden cazar en sus vedados de caza sin esas trabas, ó destruir los conejos, ó emplear toda clase de medios para la destrucción de animales dañinos.

Tercera. También está prohibido á todos cazar de noche, con luz artificial, ó en los días de nieve y en los llamados de fortuna, ó con armas de fuego á menor distancia de un kilómetro, contado desde la última casa de la población ó de los palomares, si se trata de palomas (arts. 21, 22, 23 y 32).

Sobre caza mayor disponen los arts. 37 y 38, que todo cazador que hiera á una res, tiene derecho á ella mientras él solo ó con sus perros la persiga, y que si una ó más reses fuesen levantadas y no heridas por uno ó más cazadores ó sus perros, y otro cazador matase una ó más de aquéllas durante su carrera, el matador y los compañeros que con él estuvieran cazando tendrán iguales derechos á la pieza ó piezas muertas, que los cazadores que las hayan levantado y persigan.

La ley 21, tít. 28, Partida 3.ª, más consecuente con el principio de la ocupación, atribuía el dominio del animal á la persona que primeramente lo *prissiese*, aunque fuese ya herido.

Cuarta. Como limitación especial para cazar en ciertos terrenos de propiedad particular, puede señalarse la necesidad de obtener permiso escrito del dueño.

La ley distingue los terrenos de propiedad particular en cerrados y abiertos, y los primeros en propiamente cerrados, simplemente amojonados, y vedados de caza.

Según el reglamento, arts. 7.º y 9.º, se entiende por terreno *cerrado ó cercado* toda extensión de tierra que esté materialmente cerrada por seto vivo, tapia ó espino artificial y que no tenga más entrada que las puertas que el dueño haya puesto en su finca.

Se entiende por terreno *acotado ó amojonado* todo aquel que, bajo una linde y propiedad de un dueño, tenga colocados visiblemente hitos, cotos ó mojones para determinar sus linderos y

esté destinada á cualquiera explotación agrícola ó industrial.

Se entenderá por *vedado de caza* toda extensión de terreno bajo una linde y propiedad de un dueño, en la cual la caza constituya la principal explotación para el dueño ó para el arrendatario de la finca.

Los vedados, para ser tenidos por tales, deberán llenar las condiciones que establen la ley de Acotamientos y las disposiciones sobre tributación, y tener en sus límites á todos aires, en sitios fácilmente legibles, tablillas ó piedras con letreros, que digan: «Vedado de caza, matrícula núm. .....» (V. los párrafos 3.º y 4.º del art 9.º de la ley, y 9.º al 19 de su reglamento.)

Los arrendatarios de la caza en montes del Estado, comunales ó de propios, pueden también destinar á vedado de caza la finca que se les arrienda.

Ahora bien: según el art. 9.º de la ley, el derecho de caza puede ejercitarse en los terrenos del Estado, de los pueblos, comunidades civiles ó fincas de propiedad particular que no estén vedados. Pero en los que estén *visiblemente cerrados ó acotados*, sólo podrán cazar los dueños ó arrendatarios ó las personas á quienes aquellos autoricen precisamente por escrito.

Confirma este precepto el art. 15 de la ley actual, según el que, «considerándose cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase pertenecientes á propiedad particular, nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas ó acotadas, sin permiso escrito de su dueño *mientras no estén levantadas las cosechas*. En los terrenos cerrados y acotados materialmente ó en los amojonados, nadie puede cazar sin permiso del dueño».

En la ley actual no existe, pues, la contradicción que antes se notaba entre los arts. 9.º y 15, y se establece la doctrina que sostuvimos como procedente, aun con arreglo á la ley derogada, en las anteriores ediciones de esta obra.

Puede, por tanto, cazarse sin permiso, pero solamente en los terrenos abiertos (no cerrados ni amojonados), después de levantadas las cosechas.

Poco respeto merece á la ley en estos artículos el derecho del dueño que puede ver á diario invadida su finca por los cazadores, sin más recurso que el de exigir indemnización por los perjuicios que se le causen. La ley protege sólo la propiedad cercada materialmente, ó al menos acotada, y en terrenos abiertos los frutos, y no se preocupa fuera de estos casos del libre tránsito de los cazadores más de lo que pudiera preocuparse por el tránsito de otras personas, puesto que si se causan daños han de ser indemnizados, y en este punto la ley de Caza se conforma con lo dispuesto en los arts. 607, núm. 3.°, y 608 del Código penal. Además, abundando en las mismas ideas, añade el art. 16: «El cazador que, usando de su derecho desde una finca donde le sea permitido cazar, hiera una pieza de caza menor que cae ó entra en propiedad ajena, tiene derecho á ella; pero no podrá entrar en esta propiedad sin permiso del dueño cuando la heredad esté materialmente cerrada por seto, tapia ó vallado, si bien el dueño de la finca tendrá el deber de entregar la pieza herida ó muerta. Cuando la heredad no esté cerrada materialmente, el cazador podrá penetrar sólo á coger la pieza herida ó muerta, sin permiso del dueño; pero será responsable de los perjuicios que cause »

La sentencia de 22 de Diciembre de 1894 declaró aplicable la ley de Caza en absoluto á todas las provincias regidas ó no por fueros. Fundándose además en los arts. 9.° y 16 de la ley anterior, el primero de los cuales exigía *siempre* permiso escrito del dueño para cazar en terrenos de propiedad particular, consideraba dicha sentencia infringida la ley de Caza por el hecho de entrar en propiedad ajena no cerrada persiguiendo una liebre no herida. Levantadas las cosechas y en terreno abierto, creemos lícito el hecho que se penó, puesto que si puede cazarse en tal caso sin permiso, claro es que sin permiso también puede entrarse persiguiendo una res, esté ó no herida.

La ley 17, tít. 28, Partida 3.ª, atribuía la caza al propietario cuando se cazaba, á pesar de su prohibición, fuese el terreno cerrado ó abierto.

El permiso ha de constar por escrito y fijarse en éste un timbre móvil de 10 céntimos (art. 198, núm. 5.°, de la ley del Timbre). Es valedero sólo por un año.

No será preciso permiso escrito para cazar en los terrenos vedados y en los comprendidos en el art. 7.° (cerrados ó acotados), dice el art. 21 del reglamento de Caza, cuando las personas que quieran ejercitar este derecho vayan acompañadas de los dueños ó condueños de la finca ó de las personas que los representen, del arrendatario ó de alguno de los guardas de aquélla.

B. *Derechos del dueño respecto á la caza.*—Claro es que el dueño puede cazar en sus fincas. La ley no podía arrebatarle este derecho. El ejercicio de la caza va unido al disfrute de la finca; de aquí que los arts. 12 al 14 declaren que corresponde, en su caso, al poseedor en cualquier concepto, enfiteuta, usufructuario, administrador ó arrendatario. Respecto á este último, hay que tener en cuenta lo que estipule con el propietario. No estipulándose nada, el derecho de cazar corresponde al dueño con arreglo al art. 23 del reglamento.

Sobre este punto es curiosa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1892, según la cual, el poseedor de una heredad se reputa siempre dueño, y la infracción debe ser castigada, aun cuando el cazador asegure ser el propietario y aun se halle provisto de los correspondientes títulos inscritos en el Registro de la propiedad, pues éstos podrán hacerlos valer en juicio civil.

El propietario, dice el art. 10 de la ley de Caza (léase el poseedor), concederá permiso á tercero para cazar con las condiciones que tenga por conveniente, siempre que no contraríe las de la ley de Caza. No podrá, pues, permitir la caza de noche, ni en días de nieve, etc., y ni aun podrá conceder cuanto á él le consiente la ley, pues los arts. 34 y 35 del reglamento claramente establecen que el derecho de cazar la perdiz con reclamo es exclusivo de los dueños de terrenos destinados á vedados de caza, no pudiendo usar de él los terceros á quienes esos dueños autoricen para cazar, lo cual ni está muy claro en la ley, ni es

fácil averiguar la razón de esa limitación en tales circunstancias.

¿Qué ventajas ó derechos concede ó consiente la ley al propietario? Distínguense los terrenos materialmente cercados *destinados á vedados de caza*, de todos los demás. Pero aquí se equiparan á los terrenos realmente cercados los simplemente amojonados, de modo que lo esencial es el destino de la finca á vedado de caza.

En los primeros, el art. 18 de la ley actual permite al dueño cazar libremente en cualquier época del año, sea ó no tiempo de veda, menos con reclamo de perdiz macho ó hembra, el cual sólo podrán utilizar en tiempo que no sea de veda; pero no pueden usar reclamo ni otros engaños á menor distancia de 1.000 metros de las tierras colindantes.

También se deduce de este artículo y de los 24 y 27, que el dueño en esos mismos terrenos puede utilizar hurones, lazos, perchas, redes, liga, etc.

Los arts. 21 al 23 no contienen salvedad alguna, de donde debe deducirse que no puede el dueño cazar de noche ni en días de nieve ni con armas de fuego, á menos de un kilómetro de las últimas casas, etc., como no puede tampoco (art. 24) colocar en los caminos, veredas ó sendas de su propiedad, útiles para la destrucción de animales dañinos ó para seguridad de su finca. Véase, sin embargo, como excepcional, en parte, lo dispuesto en el art. 27.

En los terrenos no destinados á vedados de caza, y realmente cercados, amojonados ó acotados, el propietario es un cazador como otro cualquiera y tiene las mismas prohibiciones ó limitaciones, salvo, como es natural, no necesitar permiso de nadie. Entiéndase esto último, sin embargo, cuando el propietario disfrute la finca en que caza ó se haya reservado el derecho de cazar, pues en otro caso necesitará permiso del poseedor, usufructuario, etc.

La circulación y venta de caza y pájaros muertos en tiempo de veda está prohibida, sin más excepción que la consignada en

el art. 27, que se refiere al propietario de monte, dehesa ó soto, que quiera en tiempo de veda aprovechar los *conejos* que haya en su propiedad, el cual podrá venderlos y conducirlos por la vía pública, previa licencia escrita de la Autoridad local (véanse las sentencias de 19 de Septiembre de 1879, 15 de Noviembre de 1880 y 7 de Octubre de 1890).

Sobre animales dañinos (véase el art. 25 del Real decreto sobre caza y pesca de 3 de Mayo de 1834, la Real orden de 12 de Julio de 1862 y los arts. 39 y 43 de la vigente ley de Caza).

Se relaciona con la caza el precepto del art. 1906 del Código civil.

Tratan de la penalidad y procedimientos en materia de caza los arts. 44 á 54 de la ley y 607 y 608 del Código penal.

Corresponde exclusivamente á los Tribunales ordinarios el conocimiento de las infracciones de la ley de Caza y la ejecución de sus fallos (Reales decretos-sentencias de 20 de Abril de 1882, 6 de Febrero de 1884, y sobre pesca la de 4 de Febrero de 1889.

II.—Pesca.

La pesca puede ser fluvial (en ríos ó cauces), ó marítima (en el mar).

A) *Pesca fluvial.*—Está vigente el Real decreto de 3 de Mayo de 1834, títulos 5.° y 6.°, con las modificaciones introducidas por el Real decreto de 15 de Noviembre de 1895, y los artículos 123, 129 á 133, 215 y 254 de la ley de Aguas.

En las aguas de dominio privado en general y en las concedidas para el establecimiento de viveros ó criaderos de peces, solamente podrán pescar los dueños ó concesionarios ó los que de ellos obtuvieren permiso, sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública (art. 133 de la ley de Aguas).

Si se trata de estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cercadas, pueden sus dueños, sea uno sólo, sean varios, pescar en ellos libremente todo el año, y sin sujeción á regla alguna (art. 36 del Real decreto de 1834), pescando cada cual, si son varios, desde su respectiva orilla, y poniéndose de acuerdo

(artículo 39); entendiéndose por tierras cercadas, las que lo estén enteramente, y no á medias ó aportilladas, de suerte que no puedan entrar en ellas las caballerías.

Si los mismos estanques ó lagunas estuviesen en terreno abierto, se prohibe, aun á los dueños, pescar envenenando de cualquier modo el agua, de suerte que pueda perjudicar á las personas ó á los animales domésticos transeuntes que la bebieren (art. 38).

En las aguas corrientes á que sirven de lindes tierras de propiedad particular, y lo mismo en los canales de navegación y de riego, cauces y acequias para molinos ú otros establecimientos industriales ó de placer, que se hallen en igual caso, podrán los dueños de las tierras pescar hasta la mitad de la corriente con sujeción á las restricciones de ordenanza (art. 40).

Se prohibe en absoluto:

1.° La pesca durante el tiempo de veda, cuyos períodos fijan los artículos 1.° y 2.° del Real decreto de 15 de Noviembre de 1895.

2.° Pescar envenenando ó inficionando las aguas en ningún caso, fuera del de ser estancadas y estar enclavadas en tierras cercadas de propiedad particular (art. 45 del Real decreto de 3 de Mayo de 1834).

3.° Pescar con redes ó nasas, cuyas mallas menores tengan menos de 25 milímetros de lado (art. 6.° del Real decreto 1895), salvo reglas especiales sobre la pesca del salmón y de la trucha del mar, en agua dulce.

4.° Fuera del tiempo de veda, durante el cual se prohibe en absoluto pescar, no se consiente el uso de artes fijos, como máquinas de Duhart, pasas y buitrones fijos, redes sujetas al cauce y el establecimiento de apostales, estacadas y atajadizos de cualquier clase (art. 5.° de dicho Real decreto de 1895).

5.° Pescar sin la correspondiente licencia, cuyo timbre es de 5 pesetas.

Durante los períodos de veda se prohibe la circulación y venta del pescado á que dichas vedas se refieran, á no ser que

se justifique su procedencia de aguas de dominio privado, por medio de certificación expedida por el alcalde de la jurisdicción á que aquéllas pertenezcan, aplicándose al efecto y al tenor de lo mandado en la Real orden de 4 de Julio de 1890, las disposiciones de los arts. 25 y 27 de la ley de Caza vigente (artículo 3.º del Real decreto de 1895).

Sobre pesca en aguas corrientes, cuyas riberas pertenezcan en baldíos ó á propios (véanse los artículos 41 y 42 del Real decreto de 1834).

Sobre pesca en cauces públicos (véanse los arts. 129 á 132 de la ley de Aguas).

B) *Pesca marítima.*—Rigen los artículos 11 y 12 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880.

Art. 11. En las charcas, lagunas ó estanques de agua del mar formados en propiedad particular, no susceptible de comunicación permanente con aquél por medio de embarcaciones, solamente podrán pescar sus dueños, sin más restricciones que las relativas á la salubridad pública.»

«Art. 12. El libre uso del mar literal, ensenadas, radas, bahías y abras, se entiende para navegar, *pescar*, embarcar y desembarcar, fondear y otros semejantes, si bien dentro de las prescripciones legales y reglas de policía que lo regulen.»

Pueden también consultarse las Ordenanzas marítimas de 12 de Agosto de 1802; la ley de 22 de Marzo de 1873, declarando libre el ejercicio de las industrias marítimas; el reglamento de 16 de Enero de 1876; los artículos 44 á 46 de la ley de Puertos, y 222 á 225 de la ley de Aguas; artículos 608, número 1, y 615, núm. 2 del Código penal; reglamento sobre pesca de crustáceos de 29 de Enero de 1885; Real orden de 28 de Marzo de 1887 sobre pesca del salmón; el Real decreto de 2 de Septiembre de 1888 sobre repoblación y fomento de la pesca; el de 1.º de Noviembre de 1895 creando establecimientos de piscicultura, y otras muchas disposiciones menos importantes que sería prolijo enumerar.

ARTÍCULO 612

El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho á perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, ó cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo ó retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, á contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado.

De dos partes consta el art. 612: una referente á las abejas, otra aplicable en general á los demás animales amansados. En efecto, hay que tener en cuenta que aunque las abejas sean, por su naturaleza, animales salvajes, la ley se ocupa de ellas en este artículo bajo el supuesto de tener un propietario, ó hallarse reducidas al poder del hombre. Por otra parte, el art. 613 dicta reglas especiales aplicables á las palomas, conejos y peces.

I. — ABEJAS.

Precedentes.—Prescindiendo de una disposición de la ley 2.ª, tít. 6.°, libro 8.° del Fuero Juzgo, que prohibía establecer colmenares dentro de poblado cuando de ello pudiera resultar perjuicio á las personas ó á los animales, sirven de precedentes al artículo 612, en su primera parte, la ley 17, tít. 4.°, libro 3.° del Fuero Real, y la 22, tít. 28 de la Partida 3.ª, cuyos preceptos son en el fondo idénticos, por lo que nos limitaremos á transcribir la última: «Abejas son como cosas saluajes. E por ende dezimos que si emjambre dellas posare en árbol de algun ome, que non pueda dezir que son suyas fasta que las encierre en colmena ó en otra cosa: bien assi como non pueden dezir que son

suyas las aues que possasen y fasta que las prisiesse. Esso mismo dezimos que sería de los panales que las abejas fiziessen en árbol de alguno, que non los deue tener por suyos en cuanto estouiesen y fasta que los tome ende é los lieue. Ca si acaesciesse que viniesse otro alguno, é los leuasse ende serían suyos: fueras ende si estouiesse él delante quando los quisiesse leuar, é gelo defendiesse. Otrosí dezimos que si el enxambre de las abejas bolare de las colmenas de alguno ome, é se fuere, si el señor dellas las perdiere de vista, é fueren tan alongadas del, que las non pueda prender ni seguir, pierde por ende el señorio que auia sobre ellas, é gánalas quien quier que las prenda, é las encierre primeramente.»

Nada significa la adquisición de una abeja, y por lo mismo se trata del enjambre, no pudiendo considerarse éste ocupado hasta que se le encierra en una colmena ó en algo análogo, como dicen las Partidas. Se llama abejar ó colmenar, el sitio en que se encuentran las colmenas.

El enjambre de abejas, buscando tal vez mejores elementos para su vida, abandona la colmena en que le conservaba su dueño. Entonces es cuando viene el caso de aplicación del artículo 612. El propietario del enjambre no pierde en el acto su derecho sobre él, ni lo pierde nunca mientras no cese en su persecución más de dos días consecutivos. El poseedor del predio en que el enjambre se pose, ó un tercero, según los casos, puede ocupar el enjambre, pero no adquiere derecho sobre él mientras exista aquella persecución; si se le reclama ha de entregarlo. Ahora bien: si el propietario del enjambre no le persigue en los dos primeros días, ó empezada la persecución, la suspende dos días consecutivos, pierde todo derecho á las abejas, y pueden retenerse por el que las ocupó, ó ser adquiridas, como animales libres ó salvajes, por el primero que las ocupe, según las reglas generales. Por dos días ha de entenderse cuarenta y ocho horas, contados desde el momento de la fuga del enjambre ó desde la hora en que fué abandonada la persecución, con arreglo al artículo 7.º del Código.

Al efecto de hacer eficaz en su caso la persecución; la ley permite al propietario del enjambre penetrar libremente en las fincas abiertas, y con permiso del dueño en las cerradas.

Esta disposición hemos de relacionarla con la ley de Caza, y considerar, por lo tanto: 1.°, que por terreno cercado debe entenderse el que lo esté materialmente; 2.°, que el permiso puede concederlo, no precisamente el dueño verdadero, sino más bien el poseedor (enfiteuta, usufructuario, arrendatario ó administrador en su caso), puesto que si algún daño se produce con la entrada, el que ha de ser indemnizado, como es natural y como dispone el art. 612, es ese poseedor.

La indemnización procede igualmente siempre que exista daño, sea en terreno abierto ó cerrado. El poseedor de la finca puede negarse á conceder el permiso; pero tiene siempre el deber de entregar el enjambre, como para casos análogos dispone el art. 17 de la ley de Caza.

No es indispensable que el mismo propietario del enjambre sea el que lo persiga, porque no cabe en lo posible tal exigencia. La persecución puede llevarse á efecto por su orden y en su nombre, y en ciertos casos se realizará por el poseedor ó el simple arrendatario de la finca en que estuviesen las colmenas; pero sí es necesario que el que quiera que sea obre en nombre del propietario, único que sobre el enjambre tiene derecho preferente al del ocupante.

Dice el art. 612 que el poseedor del fundo podrá ocuparse ó retener las abejas. Tampoco este precepto ha de entenderse al pie de la letra. Parte la ley del supuesto de haberse posado el enjambre en tierras de propiedad particular; pero como no siempre será así, no puede negarse á un tercero el mismo derecho en otros terrenos. Lo único que puede afirmarse es que, abandonada la propiedad del enjambre, y estando éste en terreno de dominio privado, la ley concede preferencia al poseedor de esos terrenos sobre cualquier otro que con permiso ó sin él entre en su finca.

II.—ANIMALES AMANSADOS EN GENERAL

Ley 23, tít. 28, Partida 3.ª «Pavones, é gavilanes, é gallinas de India, ó palomas, é gruas, é ánsares, é faysanes, é las otras aues semejantes dellas, que son saluajes: segun natura, acostumbraron los omes á las vegadas á amansar, é criar en sus casas. E por ende dezimos que en quanto acostumbran estas aues atales de yr é tornar á casa de aquel que las cria, que ha el señorio por doquier que anden; mas luego que ellas por sí se dexen de la costumbre que vsaron de yr é de tornar, que pierde el señorio dellas el que lo auia, é gánalo quien quier que las prende. Esso mismo dezimos de los ciervos, é de los gamos, é de las zebras: é de las otras bestias saluajes que los omes ouiessen á criar en sus casas, ca luego que se tornen á la selua, é non vsan de venir á la casa ó al lugar de do su dueño las tenía, pierde el señorio dellas.»

Según la base 14 de la ley de 11 de Mayo de 1888, que autorizó la publicación del Código, debían regularse en el título de la ocupación los derechos sobre los animales *domésticos;* mas es lo cierto que en todo el título nada se habla de ellos expresamente. Pueden ciertamente comprenderse entre los bienes muebles á que se refieren los arts. 615 y 616; pero lo indudable es que el segundo párrafo del art. 612, como la ley citada de Partidas, sólo hablan de animales *amansados*. Huelga, por lo tanto, toda crítica del Código que se funde en distinto supuesto.

El precepto del último párrafo del art. 612 hay que concordarlo con la disposición de la última parte del art. 445: «los animales domesticados ó amansados se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa del poseedor.» Al comentar este artículo expusimos ya nuestra opinión sobre el particular, por lo que damos aquí por reproducido cuanto allí quedó expuesto.

El precepto que nos ocupa sigue un criterio distinto al que ha predominado sobre las abejas. Aquí no se trata del hecho de perseguir al animal. Persígase ó no, el término es de veinte días

contados, no desde su fuga, ni desde que perdió la costumbre de volver á la casa del poseedor, sino desde su ocupación por otro, sea cualquiera el tiempo en que estuvo el animal en libertad. A diferencia de otros comentaristas, no vemos dificultad en la aplicación del precepto. No existe perjuicio de tercero, mientras no exista aprehensión ú ocupación; la ley atiende, no tanto al plazo para perder, como al plazo para adquirir. El animal vaga libre un mes ó un año; nadie puede decir que es suyo más que el que lo amansó, y esto como un privilegio en su favor; no hay conflicto de derechos. Lo ocupa de nuevo el dueño, sea cuando sea, pero antes que otro, y es claro que continúa en su posesión; lo ocupa antes un tercero, y entonces es precisamente cuando surge el conflicto; la ley sólo concede á un tercero la propiedad por la posesión durante veinte días; por eso exige, no sólo que lo haya cogido, sino también que lo haya conservado. De aquí se deduce que, si después de cogido el animal, se escapa ó de cualquier modo no se conserva su posesión durante dicho término, nada se ha adquirido, y puede otro cualquiera cogerlo y conservarlo, y si antes de los veinte días de posesión reclama el propietario antiguo, hay que restituírselo.

Códigos extranjeros.—Nuestro art. 612 concuerda con el 713 del Código de Italia, pues aun cuando éste concede el mismo derecho de perseguir á los animales amansados en general que á las abejas (derecho que no niega nuestra legislación), en último término declara que pueden ser apropiados por la persona que los haya cogido y conservado, si no fuesen reclamados en el término de veinte días.

Los códigos americanos, por regla general, siguen la doctrina de las Partidas: el animal amansado no se pierde mientras se le persigue. Abandonada la persecución, es libre y pertenece á la persona que le ocupa.

ARTÍCULO 613

Las palomas, conejos y peces, que de su respectivo criadero pasaren á otro perteneciente á distinto dueño,

serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún artificio ó fraude.

La ocupación de las palomas, conejos y peces, se rige por este precepto especial. No se trata ya de ciervos, gamos, corzos, faisanes, loros, ánades y otros animales amansados, que, por su rareza en tal estado, por tratarse de un solo ejemplar ó por circunstancias especiales, pueden con facilidad reconocerse y reclamarse, sino de animales que se crían en conjunto, pareciéndose todos, por regla general, y siendo por lo mismo difícil identificar un individuo de su especie y determinar el criadero á que corresponde. A esto obedece, sin duda, la disposición del artículo 613.

El código italiano (art. 462) es idéntico en el fondo al que examinamos; pero varía su redacción: «Las palomas, conejos y peces, dice, que se pasan á otro palomar, conejera ó estanque, se adquieren por el propietario de estos objetos, si no han sido atraídos con artificio ó fraude.» Nuestro art. 613 ha sustituído las palabras «estanque, conejera ó palomar» por las de «su respectivo criadero», pero el espíritu es el mismo.

Qué se entiende por criadero.—No trata la ley de las palomas, conejos ó peces en estado de libertad. Su ocupación, en tal caso, se rige en todo por la ley de Caza. Trata de ellos en concepto de animales amansados, reducidos al poder del hombre, y por tanto, de criaderos artificiales de propiedad privada. En el bosque, su propietario tiene derecho á la tierra y sus productos, no á los animales que por allí vaguen y críen en libertad, los cuales corresponden en su caso al cazador, sea ó no sea el propietario. En las lagunas y charcas, puede pescarse según las reglas expresadas en su lugar: el dueño de ellas puede prohibir la pesca ó consentirla, mas no pretender que lo que se pesque le pertenece á él. Si una paloma torcaz pasa de un bosque á otro, ó un conejo de uno á otro matorral de distintos dueños, ni uno ni otro pueden alegar derecho al conejo ó la paloma, que era libre y libre sigue siendo.

El art. 613 se ocupa precisamente del caso contrario: cuando hay dos propietarios que pueden alegar derecho: el del criadero artificial, propio (palomar, estanque ó conejera) á que perteneció la paloma, conejo ó pez, y el del criadero, á que se ha pasado libremente y sin fraude ni artificio. Y cortando toda cuestión, declara que el que posee el criadero, posee desde luego los peces, conejos ó palomas que en él se encuentren, hayan vivido siempre en él, ó procedan de otro, y como tal poseedor, puede desde luego matarlos ó venderlos; en suma, disponer como dueño.

Relaciones con la ley de Caza.—Por lo demás, puede decirse que no hay cuestión, porque el resultado es el mismo. Sirvan de ejemplo las palomas. Pasen de un palomar á otro, ó pasen de un bosque á un palomar, no hay conflicto: hay que aplicar el artículo 613. Pasen de un bosque á otro, ó pase de un palomar á un bosque, rige la ley de Caza, siendo necesaria su ocupación previa para disponer de ellas. Las palomas, sean ó no domésticas, pueden cazarse con la limitación especial del art. 32 de la misma: «No podrá tirarse á las palomas domésticas ajenas, sino á la distancia de un kilómetro de la población ó palomares, y aun así, no podrán hacerse con señuelos ó cimbeles, ni otro engaño.» No es el dueño del bosque el que puede alegar derecho á lo cazado, aunque se necesite á veces su permiso para cazar allí.

Como se ve, no hay contradicción alguna, entre el art. 613 del Código y el 32 de la ley de Caza.

Fraude ó artificio.—La ley, que en absoluto rechaza todo reclamo y engaño para atraer la caza, con mayor motivo condena todo artificio ó fraude para atraer las palomas, peces ó conejos, cuando ya están en un palomar, estanque ó conejera de propiedad privada. Y de aquí que en tal caso no se pierda el dominio, y puedan reclamarse y deban devolverse los animales atraídos con engaño por un tercero.

Esta cuestión es prácticamente más difícil, pues ha de probarse que hubo fraude y artificio, y que, por consecuencia de él, pasaron uno ó más conejos, una ó más palomas, á otro criadero distinto. Después de esto, la devolución no siempre podrá ser

de los mismos individuos que se pasaron, pero puede hacerse de otros iguales, y siendo imposible, ó aun realizándose, los perjuicios causados al dueño deben ser siempre indemnizados.

La sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 27 de Enero de 1905, declara que el hecho de retener y negarse á devolver el dueño de un palomar las palomas que entraron en él procedentes de otro palomar, no constituye hurto, sino ejercicio de un derecho, á no probarse que fueron atraídas por medio de algún fraude ó artificio.

Véanse los arts. 608 y 615 del Código penal.

Códigos extranjeros.—El precepto del art. 613 concuerda, según queda dicho, con el 462 del código de Italia, siendo también iguales los artículos 564 de los códigos de Francia y Bélgica. La generalidad de los códigos de América se refieren á las leyes de Caza y Pesca.

ARTÍCULO 614

El que por casualidad descubriere un tesoro oculto en propiedad ajena, tendrá el derecho que le concede el art. 351 de este Código.

Véase el comentario de los arts. 351 y 352.

ARTÍCULO 615

El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla á su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiera conservarse sin deterioro ó sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio

sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio.

Pasados dos años, á contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada, ó su valor, al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, á satisfacer los gastos.

ARTÍCULO 616

Si se presentare á tiempo el propietario, estará obligado á abonar, á título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma ó del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2.000 pesetas, el premio se reducirá á la vigésima parte en cuanto al exceso.

Estudiamos unidos estos dos artículos, no sólo porque se refieren al mismo caso especial, sino porque en realidad el 616 es sólo un accesorio del 615.

Suele denominarse *hallazgo*, el encuentro de las cosas muebles aparentemente abandonadas, y denominarse *invención* ese mismo hecho con relación á los bienes inmuebles. En el comentario del art. 610 hemos tratado ya el punto referente á la ocupación de inmuebles.

El art. 615 se refiere al hallazgo de una cosa mueble que no sea tesoro, y parece que todas las cosas muebles, á excepción de las que constituyan un tesoro según el art. 352, han de regirse en absoluto por la disposición de dicho artículo. No es así, sin embargo, como puede observarse al leer el art. 617. Se trata de una regla general en la que hay que admitir, como después veremos, determinadas excepciones.

Espíritu del art. 615.—Con arreglo á la base 14, los arts. 615 y 616 desenvuelven los principios aplicables en general á las cosas muebles *abandonadas,* pero á aquellas que se encuentran abandonadas sin que conste expresamente la voluntad en el

dueño de desprenderse de ellas. Son simplemente cosas que se encuentran sin poseedor actual y material. El abandono en el sentido de desapoderarse de una cosa, de renunciar al dominio sobre ella, de romper toda relación jurídica con la misma, ha de ser expreso, claro y evidente. No siendo así, la ley presume que la cosa abandonada ha sufrido extravío, que tiene un dueño; en suma que el abandono no ha sido voluntario ó intencional.

Por esto la persona que las ocupa al encontrarlas, no adquiere instantáneamente el dominio. Todos los anuncios, todas las formalidades, todos los plazos señalados, se destinan exclusivamente á hallar ó encontrar ese dueño, todo se exige en beneficio de él. Así es que desde el momento en que ese dueño se presenta dentro de los dos años, ha de restituírsele lo que no ha dejado de pertenecerle. Pero si los dos años transcurren y el dueño no reclama, la ley se convence de que, ó no existe dueño anterior, ó éste ha abandonado su derecho, y entonces es cuando declara rota la relación anterior de dominio y adjudica la cosa á aquel que la encontró.

El efecto de la *ocupación* es, pues, condicional; la adjudicación al inventor significa la adquisición por éste del dominio, y en ese momento es cuando realmente surte su efecto propio el título originario de la ocupación.

Explicación.—El que encuentra una cosa mueble abandonada, ó conoce á su dueño, ó no. En el primer caso, tiene el deber de restituirla. En el segundo, se aplican los arts. 615 y 616.

La cosa encontrada, cuyo dueño es desconocido, debe consignarse inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo en que se hubiere verificado el hallazgo, el cual lo hará publicar en la forma acostumbrada durante dos domingos consecutivos. Supone la ley que el dueño de la cosa debe hallarse en el término municipal en que fué encontrada, y por este motivo, y porque si allí no está, las gestiones para dar fruto habían de ser generales, dispone que sólo en ese pueblo se publique el hallazgo. La forma acostumbrada, quiere decir la forma especial usada de ordinario para hacer saber al público las noticias que pueden interesarle:

el pregón, el edicto, el periódico, solos ó combinados, etc. El objeto es que llegue á conocimiento de todos el encuentro ó hallazgo del objeto. Si el dueño no reside en la población, por lo menos habrá estado en ella, y si alguien le conoce, le avisará.

El párrafo tercero provee á una necesidad que se impondrá en determinados casos. Las cosas encontradas pueden sufrir deterioro ó motivar crecidos gastos en proporción á su valor. Buscar al dueño para entregarle una mercancía averiada, por ejemplo, y para obligarle á que pague por conservación tanto ó más de lo que vale el objeto, sería un absurdo. La ley dispone con buen sentido práctico la venta en pública subasta, sin fijar término para ella, y el depósito del precio; pero sin que pueda verificarse la venta hasta que transcurran ocho días desde el segundo anuncio. Dada la variedad de cosas que pueden ser halladas, mejor sería facultar la venta en el plazo que la autoridad local juzgase conveniente, según los casos.

El plazo de dos años fijado para declarar que la cosa carece de dueño, sólo se cuenta desde el día de la segunda publicación. Si dentro de él se presenta el dueño, se le restituirá la cosa ó su valor, pero ha de justificar su derecho, y después abonar: 1.º, los gastos ocasionados para la conservación; 2.º, el premio del hallazgo. El tipo fijado como premio es el mínimum; puede darse más al inventor, menos no, salvo su conformidad. La proporción es sencilla: si el objeto encontrado valía 3.000 pesetas, por ejemplo, el premio será 200 (décima parte ó 10 por 100 de 2.000), y 50 pesetas más (vigésima parte ó 5 por 100 de 1.000): total 250 pesetas.

Si el dueño cree que el objeto no vale tanto como lo que se le obliga á entregar por gastos de conservación y premio, puede renunciar á él sin pagar nada. Esto no lo dice la ley en este lugar, pero eso es lo racional y ese es el criterio del Código en casos análogos.

Si el dueño no se presenta en el plazo marcado, la cosa ó su valor será adjudicada al que la hubiese hallado, con la misma obligación de abonar gastos.

CUESTIONES

1.ª *Cosas muebles abandonadas expresamente.*—Hemos dicho que la ley parte del supuesto de que las cosas muebles que se encuentran abandonadas tienen un dueño conocido ó desconocido que, ó no quiso abandonarlas, ó lo hizo contra su voluntad. Pero ¿y si consta expresamente la voluntad de desprenderse del dominio? El Código no se ocupa de este particular en el art. 615, y preciso es confesar que no es frecuente, ni aun natural, ese acto aislado. Lo regular y ordinario es que conste al mismo tiempo la voluntad de ceder las cosas en beneficio de otras personas, determinadas expresa ó tácitamente.

El caso más especial que puede presentarse, es el de *arrojar al público monedas* ú otros objetos con motivo de algún suceso, caso que comprende como una forma de *ocupación,* la ley 48, título 28, Partida 3.ª Pero bien mirado, hay más bien cesión ó transmisión de propiedad, que ocupación ó nacimiento. El dueño, no sólo quiere desprenderse del dominio sobre esas cosas, sino que quiere que pertenezcan á las personas que acudan al acto y las tomen; por eso se hace público el suceso, y si nadie se presentase nada se arrojaría. La voluntad del dueño de los bienes de darlos á quien les coja, ha de respetarse como acto de dominio, como se respeta la voluntad de transmitirlos por última voluntad á pobres ó á parientes individualmente indeterminados. ¿Es aquél un caso de ocupación ó de transmisión? Importa poco bajo el aspecto práctico. La ley no lo estudia en este título; pero no puede ponerse en duda la realidad y la legalidad de la adquisición, ya se consideren esas cosas *nullius* (art. 610), ya se estimen afectas al dominio particular y transmitidas por su dueño, determinándose la persona del adquirente por la voluntad presunta de ese dueño, según la cual, deben ser de aquel que las ocupa. Como el ocupante no siempre es el primero en coger los frutos arrojados, sino el más fuerte, en caso de suscitarse cuestión (lo que no ocurre de ordinario), la voluntad del

dueño debe interpretarse con arreglo á la ley, en el sentido de preferirse al primer ocupante.

Los demás son casos que no se presentan en la práctica. Podrá abandonarse una cosa con ánimo de desprenderse del dominio; pero este hecho no acostumbra á pregonarse, y al encontrar la cosa abandonada ha de aplicarse el art. 615.

2.ª *El hecho de apropiarse las cosas muebles encontradas, ¿es un hecho lícito?*—El inventor del objeto *debe* restituirlo á su dueño si es conocido, ó consignarlo en poder del Alcalde, si no lo es; pero ¿y si no lo hace?

Ya dijimos en el comentario del art. 464, que en tal caso, se exige la prescripción para poder adquirir el inventor ó un tercero, y aquél necesita poseer, por regla general, por el término extraordinario de seis años, por no existir buena fe, ni ser por lo mismo equivalente al título su posesión, salvo además la disposición del art. 1956, como tendremos ocasión de comprobar al examinar la materia de la prescripción. En tal caso, no hay ocupación jurídica, hay sólo una ocupación material, como dice el art. 438, que sólo puede producir la adquisición de la posesión, y nunca, sin el transcurso legal, la adquisición del dominio.

Pero ¿es esto sólo? ¿No constituirá además un delito esa ocupación ilegal y arbitraria?

Según el art. 530 del Código penal, son reos de hurto:

1.º «Los que con ánimo de lucrarse, y sin violencia ó intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño».

2.º «Los que encontrándose una cosa perdida y sabiendo quién es el dueño se la apropiaren con intención de lucro».

No cabe duda de que en el primer caso del primer párrafo del art. 615, ó sea, cuando es conocido el dueño de la cosa extraviada, existe un delito de hurto si no se restituye. Pero si ese poseedor es desconocido, el hecho de no entregarla al Alcalde, ¿podrá comprenderse en el núm. 1.º del art. 530 citado del Código penal?

No vacilamos en contestar negativamente. Ese hecho, por si

sólo, no basta para convertir la acción en punible. El que encontrando una cosa é ignorando su dueño, lo busca en cualquier forma para restituirla, no comete delito, aunque no la consigne en poder del Alcalde. Por otra parte, el acto de tomar lo que se encuentra abandonado, tampoco es por sí sólo hurto. Comprueba la razón y confirma la jurisprudencia, que la palabra *tomar*, empleada en el núm. 1.º del art. 530 del Código penal, ha de entenderse racionalmente como el hecho de sacar las cosas del *poder* de su dueño y entrarlas en el poder del delincuente; y la cosa abandonada, la cosa perdida no está en poder de su dueño, no está en el lugar en que debiera hallarse á disposición de ese dueño: está, por el contrario, á disposición de cualquiera. El que dejase una moneda ó una alhaja en medio de la calle, ¿podrá después pretender que se la habían hurtado? ¿Cambia, acaso, la naturaleza del hecho porque ese abandono sea involuntario? Además, el hurto existe *consumado* desde que se *toma* la cosa ajena sin la voluntad de su dueño con intención de lucro (moral ó material), y de aquí, que aunque después se restituya la cosa hurtada, el delito no por eso deja de existir, aunque deba aminorarse la pena; mas ¿podrá pretenderse que el que encuentra una cosa y sin consignarla en poder del Alcalde, la devuelve cuando conoce quién es su dueño, ha cometido delito? Las circunstancias del hecho en cada caso, pueden alterar la cuestión, y de aquí que sean los Tribunales los llamados á resolver. Pero en principio, puede afirmarse sin dudas ni vacilaciones, que el caso á que nos referimos no puede comprenderse en el núm. 1.º del art. 530. Así lo entendieron los legisladores cuando al reformar el Código penal de 1850, añadieron el núm. 2.º como cosa nueva y especial no comprendida en el núm. 1.º

¿Podrá aplicarse el núm. 2.º? Tampoco, porque al no conocerse el dueño, falta un requisito esencial constitutivo del delito de que se trata. Sólo en el caso de que el autor del hallazgo llegase á saber quién era ese dueño y siguiese conservando la cosa, podría decirse que había hurto.

Y como el art. 2.º del mismo Código prohibe castigar hecho

alguno no penado expresamente por la ley, hemos de concluir que el acto de encontrar una cosa abandonada, cuyo dueño se ignora, y no consignarla en poder del Alcalde, ni legalmente constituye delito, ni debe constituirlo por sí sólo ó sin mediar otras determinadas y especiales circunstancias.

3.ª *El art. 615 y su accesorio el 616, ¿constituyen una regla aplicable siempre que se encuentren cosas ó bienes muebles, cualquiera que sea la especie de esos bienes, el sitio y la forma de encontrarlos, ó habrá que admitir excepciones?*—Los términos empleados en el artículo 615, primer párrafo, abarcan, por su generalidad, toda clase de personas y toda especie de cosas muebles. Estimamos que la palabra *cosa* ha de entenderse sinómina de bienes. Son bienes muebles, todos los no comprendidos en el art. 334 del Código, y por lo tanto, los semovientes. A los animales fieros se refiere el art. 611; á los amansados los 612 y 613; á los *mansos ó domésticos* tiene que aplicarse el 615. Son bienes muebles de propiedad privada y han de seguir en todo las reglas de los mismos. Igualmente puede encontrarse un libro ó una alhaja, que un cordero ó una caballería. La base 14 dispone que se regulen en este título los derechos sobre los animales domésticos, y la única disposición que puede serles aplicable es la del art. 615, siendo también, por otra parte, la única procedente en el título de la ocupación.

Indudable es para nosotros lo expuesto; pero no es tan llano resolver en otros casos particulares. Sin necesidad de investigar determinadas leyes especiales, recordamos algunos preceptos dispersos que guardan relación con la doctrina del Código, aunque no se les dé igual solución en el fondo ó en la forma. Sirvan de ejemplo los siguientes:

A) *Ley de Aguas.*—«Art. 48. Cualquiera puede rocoger y salvar los animales, maderas, frutos, muebles y otros productos de la industria, arrebatados por la corriente de las aguas públicas ó sumergidos en ellas, presentándolos inmediatamente á la Autoridad local, que dispondrá su depósito ó su venta en pública subasta cuando no puedan conservarse. Se anunciará en segui-

da el hallazgo en el mismo pueblo y limítrofes superiores, y si dentro de seis meses hubiese reclamación por parte del dueño, se le entregará el objeto ó su precio, previo abono de los gastos de conservación y del derecho de salvamento, cuyo derecho consistirá en un 10 por 100. Transcurrido aquel plazo si haber reclamado el dueño, perderá éste su derecho y se devolverá todo á quien lo salvó, previo abono de los gastos de conservación.

»Art. 49. Las brozas, ramas y leñas que vayan flotando en las aguas ó sean depositadas por ellas en el cauce ó en terreno de dominio público, son del primero que las recoge; las dejadas en terrenos de dominio privado, son del dueño de las fincas respectivas.

»Art. 51. Los objetos sumergidos en los cauces públicos siguen perteneciendo á sus dueños; pero si en el término de un año no los extrajesen, serán de las personas que verifiquen la extracción, previo el permiso de la Autoridad local. Si los objetos sumergidos ofreciesen obstáculo á las corrientes ó á la viabilidad, se concederá por la Autoridad local un término prudencial á los dueños, transcurrido el cual sin que hagan uso de su derecho, se procederá á la extracción como de cosa abandonada.»

B) *Ley de ferrocarriles.*—Art. 181 del reglamento de 8 de Septiembre de 1878: «Los objetos olvidados por los viajeros en los coches y salas de espera, los que hubieren caído en la vía al paso de los trenes y todos aquellos cuyo dueño, remitente ó consignatario se ignore, se conservarán en depósito, llevándose de todos ellos un registro especial, con expresión del día y lugar en que fueron hallados y sus principales señas. Si publicado su anuncio por tres veces en el *Boletín oficial* de la provincia, y, transcurrido un año, nadie se presentase á reclamarlos, se sacarán á pública subasta, y su producto se aplicará á los establecimientos de beneficencia, después de deducir para la Empresa los gastos de custodia y almacenaje.»

C) *Reglamento del servicio de campaña de 5 de Enero de 1882.*—(Véase lo expuesto sobre *presas de guerra* en el comentario del artículo 610, arts. 887 y 888.)

D) *Real decreto de 13 de Agosto de 1892 sobre ganadería.*—«Artículo 6.º La Asociación general de Ganaderos del Reino cuenta para cubrir las atenciones de los servicios propios de su instituto con los recursos siguientes: 1.º El valor de las reses mostrencas (ó sin dueño conocido).»

Pues bien: todas estas disposiciones especiales, ¿deben estimarse vigentes?

Salta á la vista que los casos á que nos referimos no se hallan todos en las mismas circunstancias.

Las brozas, ramas ó leñas que van flotando en las aguas son de casi imposible identificación, y por su misma naturaleza escapan, por regla general á las prescripciones del art. 615.

Tampoco hay cuestión por razones de distinta índole respecto á los objetos sumergidos en los cauces públicos, debiendo considerarse vigente el art. 51 de la ley de Aguas, puesto que esta ley, como especial, ha quedado subsistente.

En cuanto al caso de los animales, maderas, frutos, muebles, etc., arrebatados por la corriente de las aguas públicas, y salvados ó simplemente recogidos por cualquiera que los ve ó encuentra, no constituye una verdadera especialidad, pues es solamente una de las formas del hallazgo á que se refiere el artículo 615. Así se observa su última analogía por las reglas casi idénticas que en este artículo y en el 48 de la ley de Aguas se establece.

La especialidad del art. 181 del reglamento de ferrocarriles de 1878 aconseja su conservación, y debe estimarse vigente, por ser complemento de un ley especial.

Lo mismo decimos respecto á presas de guerra.

Lo referente á la Asociación general de Ganaderos, en nuestra opinión, no debió subsistir al publicarse el Código, porque constituye un privilegio, y el principio de no retroactividad de la ley no puede llevarse hasta el extremo de pretender que ese privilegio subsista perpetuamente. Pero ya la Real orden de 11 de Marzo de 1890 declaró que ese derecho al valor de las reses mostrencas no había sido anulado por el art. 615 del Código ci-

vil, y por si existían dudas sobre la legalidad de tal declaración, el Real decreto antes citado de 13 de Agosto de 1892, posterior al Código, confirma la doctrina de dicha Real orden. Hay que acatar la disposición, aunque contradice el art. 615, no en la forma, sino en el fondo.

Por último, conforme hemos dicho al principio, toda cosa *mueble* sin dueño conocido, pertenece hoy al primer ocupante, conforme al art. 610 del Código, previas las formalidades y el transcurso del tiempo exigido en el 615, en el caso que le motiva (hallazgo). Por tanto, esos bienes no son hoy del Estado, y en este punto, como de derecho civil común, debe estimarse derogada la ley de Mostrencos de 9 de Mayo de 1835. Confirma nuestra opinión el art. 617 del Código, como veremos, al efecto de no regirse por reglas especiales más que la ocupación de los objetos arrojados al mar, los que las olas depositen en la playa, y las plantas y hierbas que crezcan en su ribera.

Véase en el art. 617 la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1902.

Códigos extranjeros.—Las disposiciones de los arts. 615 y 616 de nuestro Código concuerdan con los arts. 715 al 718 del Código de Italia, y además con los 414 al 419 del Código de Portugal, 566 al 570 del de Guatemala, 2531 al 2539 del de la República Argentina, 687 al 692 del de Uruguay, 811 al 825 del de Méjico, etcétera. En el último Código citado se establecen preceptos muy detallados sobre cosas perdidas ó abandonadas, las cuales deben ser tasadas y depositadas, anunciándose ó publicándose el hallazgo en los principales periódicos, tres, cuatro, seis ú ocho veces, fijándose diversos plazos para reclamar, según el valor de lo encontrado, siendo el mayor de seis meses debiendo entablarse la reclamación ante el juez, y no presentándose ó siendo desestimada, se vende el objeto en pública subasta, entregándose la cuarta parte del valor al inventor y el resto á los establecimientos de beneficencia.

ARTÍCULO 617

Los derechos sobre los objetos arrojados al mar ó sobre los que las olas arrojen á la playa, de cualquier naturaleza que sean, ó sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales.

Se refiere el Código en este artículo á la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, á la de Mostrencos y otras especiales.

Según el art. 1.º del Real decreto de 18 de Mayo de 1909, que modificó la ley de Mostrencos de 9 de Mayo de 1835, se consideran bienes del Estado, y sólo sobre ellos pueden instruirse expedientes y admitirse denuncias entre otros los siguientes:

1.º Bienes inmuebles y derechos reales abandonados, semovientes vacantes que no tengan la calidad de reses mostrencas, y valores mobiliarios que careciesen de dueño conocido.

2.º Buques náufragos, sus cargamentos y objetos arrojados por el mar á la playa, sobre los cuales no existan derechos preferentes con arreglo al Código de Comercio y á la ley de Puertos.

3.º Tesoros hallados en terrenos pertenecientes al Estado.

4.º Bienes detentados ó poseídos sin título legítimo.

Confirmando las disposiciones del núm. 2.º transcrito, y el art. 7.º de la ley de 1835, «dice el art. 5.º de la ley de Puertos: «Pertenece al Estado todo lo que el mar arroje á la orilla y no tenga dueño conocido. La Hacienda pública se incautará de ello, previo inventario y justiprecio, quedando responsable á las reclamaciones de tercero y al pago de los derechos y recompensas de hallazgo y salvamento, con arreglo á lo prescrito en las leyes y reglamentos.»

El art. 12 autoriza á toda clase de personas para recoger en las playas conchas, plantas y mariscos.

Resulta, pues, que con relación á la materia que nos ocupa, pertenecen hoy claramente al Estado, prescindiendo de las minas:

1.° Los objetos expresados á los números segundo y tercero del art. 1.° de la ley de 9 de Mayo de 1835, hoy segundo del mismo artículo del Real decreto de 18 de Mayo de 1909, que hemos transcrito, respetados por el art. 617 que nos ocupa y el 5.° de la ley de Puertos.

2.° Las islas á que se refiere el art. 371 del Código y el 3.° de la ley de Puertos.

3.° Los bienes de los que mueren abintestato sin dejar parientes con derecho á heredar, como dispone el art. 956 del Código. Estos bienes que se comprendían en el art. 2.° de la ley de Mostrencos, no se mencionan en el Real decreto de 18 de Mayo de 1909, sin duda porque al Estado representan ó sustituyen los Establecimientos de Beneficencia é Instrucción gratuíta.

4.° La mitad de los tesoros descubiertos en terrenos de propiedad del Estado casualmente, ó todo el tesoro, con arreglo á lo expuesto en el art. 351 del Código y núm. 4.° del art. 1.° de la ley de 9 de Mayo de 1835.

5.° Los objetos á que se refiere el art. 181 del Reglamento de ferrocarriles de 1878, transcrito en el comentario del art. 615, á los cuales se les da un destino análogo al marcado en el artículo 956 del Código civil.

6.° Las cajas públicas, armas, caballos, banderas, municiones, etc., cogidos al enemigo, en virtud de lo que dispone el artículo 887 del Reglamento del servicio de campaña de 1882.

¿Pertenecen también al Estado los bienes muebles ó inmuebles sin dueño conocido, y los poseídos sin título legítimo?

La ley de Mostrencos de 1835 así lo establecía. Las sentencias de 10 de Enero de 1894 y 29 de Mayo de 1895, partían del supuesto de la vigencia de dicha ley y de la circular de 7 de Diciembre de 1875 dictada para su cumplimiento, declarando la última ser propiedad del Estado los bienes dotales de una fundación que carecen de dueño conocido, y la primera, que si bien le pertececen los bienes detentados ó poseídos sin título legítimo, el Estado no puede por sí incautarse de ellos, siendo necesario

que obtenga á su favor, previa demanda reivindicatoria sentencia de adjudicación por los tribunales ordinarios.

Estas sentencias se referían á hechos acaecidos bajo el régimen de la legislación anterior al Código, por lo que no podían resolver la cuestión de si dicho Código había ó no alterado profundamente en el punto que nos ocupa la doctrina de la ley de Mostrencos; pero el Real decreto de 18 de Mayo de 1909, mantiene los preceptos antiguos, y es necesario poner estos en relación con la doctrina del Código civil.

El art. 610, facultando en general para adquirir por ocupación el dominio de las cosas que carecen de dueño; el 615 que, en último término, sigue igual criterio respecto á las cosas muebles cuyo dueño no es conocido, presumiendo *siempre* que el abandono no fué intencional, y el art. 438, reconociendo el derecho de adquirir la posesión de todas las cosas por ocupación material, y con ello la facultad de prescribirlas, parecían haber borrado otros derechos del Estado sobre los bienes muebles ó inmuebles que no tuviesen dueño conocido por no poseerlos individuo ni Corporación alguna (salvo que se ocupen materialmente y en primer término en nombre del Estado), ó sobre los bienes detentados ó poseídos por un tercero sin título legítimo. Sobre estos últimos, véase el comentario del art. 446, cuestión sobre si procede ó no el interdicto contra la Administración.

Respetando en primer término estos preceptos del Código civil, cabe ponerlos en armonía con los del Real decreto de 18 de Mayo de 1909, estimando como pertenecientes al Estado, los bienes inmuebles y derechos reales verdaderamente abandonados, los semovientes y valores sin dueño conocido y los poseídos sin título legítimo; pero sobre la base de no estar realmente abandonados, ni carecer de dueño conocido, ni poseerse sin título legítimo, aquellos bienes que se hayan adquirido por particulares mediante una ocupación legal con arreglo á los artículos 609 al 617 del Código civil.

Guardan relación con esta materia, el art. 7.º de la ley de 10 de Junio de 1897, que concede á los poseedores de terrenos

arenales, de zonas marítimas ó pantanos desecados, y á los roturadores de terrenos del Estado, ó de propios y comunes de los pueblos que carecieran de título, el derecho de legitimar su posesión, y además cuanto se refiere á bienes pertenecientes á Corporaciones suprimidas á que se refieren las leyes de desamortización y á terrenos baldíos.

Los objetos ó mercancías arrojados al mar por el capitán de un barco como medida necesaria para la salvación de la nave, y salvados ó recogidos inmediatamente á la vista del barco y de la costa, no pueden considerarse como cosas que carecen de dueño, ni son por tanto susceptibles de ser adquiridos por ocupación; siguen perteneciendo á sus dueños á quienes representa en el orden legal é internacional el agente consular de su nación. El que salva dichos objetos sólo tiene derecho á los gastos y premios del salvamento. Los arts. 206 al 208 de la Instrucción de Marina de 4 de Junio de 1873, están regidos por la frase inicial del primero de dichos artículos, «cuando se encontraren sobre el mar efectos de bajeles naufragados *desde mucho tiempo*» y no pueden tener aplicación al caso citado, comprendido más bien en el art. 615 del Código civil. (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1902.)

Códigos extranjeros.—Contienen preceptos idénticos al artículo 617 de nuestro Código, los 717 de los de Francia y Bélgica y 719 del de Italia. Igual criterio siguen casi todos los demás Códigos, si bien algunos, como los de Guatemala y Chile, sientan reglas generales sobre los objetos á que nos hemos referido.

TÍTULO II

DE LA DONACION

Ideas generales.

El hombre es naturalmente generoso y sensible al bien. Tiende espontáneamente á amar y beneficiar á sus semejantes, á llorar, consolar y remediar la desgracia ajena, á agradecer los favores recibidos, á admirar las virtudes, el talento, el valor y la nobleza de sentimientos. A esta tendencia obedecen una porción de servicios que entre sí se prestan los hombres y contribuyen á hacer más firmes y naturales los lazos de la sociedad. El número de esos servicios es infinito, como dice Troplong: tan infinito como el número de las necesidades; pero el derecho no puede abarcarlos todos.

Tienen todos esos servicios, consistan en dar ó hacer, un carácter distintivo; todos nacen espontáneamente de la voluntad; no hay necesidad de hacerlos, ni hay, por tanto, derecho á exigir, ni acción en justicia; mas desde el instante, como dice el mismo autor, en que libremente consiente una persona en realizarlos, un derecho se presenta para el donatario, una acción se instituye ante los tribunales.

El derecho interviene cuando la voluntad se determina en forma de contrato, ó cuando se manifiesta por un acto de última voluntad.

Son contratos de beneficencia aquellos en los cuales la obligación se contrae con el fin de prestar un servicio á otro, como el préstamo, el mandato, el depósito y la fianza.

«Pero el beneficio que resulta de estos contratos, dice Troplong, no es tan grande como el que proporciona la donación. Sean cuales fueren sus ventajas, las de la donación son aun mayores. Así, el prestamista es indudablemente muy generoso al dar sin interés á un amigo el dinero que necesita; pero lo da á condición de que se le devuelva: mientras que el donatario adquiere para sí lo que se le da, y el donante se desprende de todo derecho sobre las cosas que entrega. El deponente recibe un servicio por la buena voluntad del depositario, pero no por ello se hace más rico y su patrimonio no aumenta como el del donatario. Lo mismo ocurre al mandante: obtiene un servicio, pero no recibe del mandatario cosa alguna que pase del patrimonio de éste á su patrimonio propio. Por último, la fianza no es más que un medio de crédito facilitado eficazmente al deudor; pero el deudor no por eso se halla menos obligado á indemnizar á su fiador lo que pague por él.»

«En una palabra, en los contratos de beneficencia, el bienhechor no trata ni quiere que su servicio le empobrezca. Por esto, en dichos contratos es regla de las relaciones entre las partes que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro. En la donación es distinto: el donante se desprende de lo suyo irrevocablemente, enriquece al donatario, prefieren los intereses de éste á los suyos propios» (1).



La donación ha sido admitida en todos los tiempos; pero no siempre ha tenido el acto igual significación.

En Roma, dice Ortolán, «hay que distinguir el derecho primitivo y originario, del nuevo derecho. En el primero, la palabra *donatio* lleva forzosamente consigo la idea de que ha habido *dación* de la cosa, es decir, traslación de propiedad. La ley, de

---

(1) Troplong, *Droit civil expliqué De donations entre vifs et des testaments*; tomo 1.º, art. 893.

acuerdo con la lengua, no reconoce otra donación. No es un contrato ni una obligación entre partes, sino un hecho realizado y consumado. Por lo demás, esta *datio*, esta traslación de propiedad, se verificaba, no de un modo particular, sino, como en todos los demás casos; la única diferencia consistía en que el motivo que la determinaba era la liberalidad, *dono datio*».

En tiempo de Justiniano, el solo consentimiento, constase ó no por escrito, perfeccionaba la donación confiriendo acción al donatario para pedir la entrega. La donación era, pues, un pacto, una convención, no una adquisición verdadera, pues el dominio sólo se transfería mediante la tradición.

No obstante, la donación era un acto de pura liberalidad y sólo podía revocarse por supervivencia de hijos, incumplimiento de condiciones, ó ingratitud del donatario.

Pero el primitivo derecho *germano* vino á convertir la donación en una especie de precario. El beneficio no era completo, porque el donante podía reclamar lo entregado ó su equivalente y existía más bien un mutuo ó un comodato que una verdadera donación.

Más tarde fueron infiltrándose en el derecho doctrinas más conformes con la verdadera esencia de la donación, y ya en el Fuero Juzgo, ley 6.ª, título 2.º, libro 5.º, se considera como irrevocable.

Prescindiendo de las donaciones hechas por los Reyes ó por los señores á sus vasallos, las efectuadas por razón de matrimonio y otras especiales, se ocupan en nuestros antiguos Códigos de las donaciones en general las leyes siguientes:

Fuero Juzgo.—Leyes del tít. 2.º, libro 5.º

Fuero Viejo.—Ley 6.ª, tít. 2.º, libro 5.º

Fuero Real.—Leyes del tít. 12, del libro 3.º

Partidas.—Leyes del tít. 4.º, Partida 5.ª; la 67, tít. 18, Partida 3.ª, y las leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª del tít. 15, Partida 6.ª

Leyes del Estilo.—Las 34, 208, 212 y 234.

Leyes de Toro.—Las 26, 29 y 69.

Novísima Recopilación.—Libro 10, tít. 6.º, ley 10, que es la

26 de Toro; tít. 3.º, ley 5.ª, que es la 29 de la misma colección, y tít. 7.º, leyes 1.ª á 5.ª; de las cuales la 1.ª es la 6.ª del tít. 12, libro 3.º del Fuero Real, y la 2.ª es la 69 de Toro.

Si constituye la donación un modo especial de adquirir el dominio y los demás derechos reales.—Al efecto de aplicar la doctrina de los artículos 618 al 656 que se ocupan de las donaciones, es indiferente que éstas constituyan un modo especial de adquirir ó deban incluirse entre los contratos. Sin embargo, el estudio de esta cuestión, aun hecho con la brevedad que podemos en esta obra dedicarle, ha de contribuir á fijar la naturaleza de la institución cuyo comentario empezamos, y de aquí que no debamos dejar de hacer ese estudio.

Prescindamos de las donaciones *mortis causa*, porque ya el Código prescinde también de ellas al declarar que siguen las reglas de la sucesión testamentaria. Una donación que sólo ha de surtir efecto por muerte del donante, es indudablemente un acto de última voluntad, no es un contrato.

Prescindamos también de las donaciones con causa onerosa, porque, según el art. 622, han de regirse por las reglas de los contratos. Falta en ellas el carácter peculiar á la donación: la liberalidad del donante. Indudablemente son contratos.

Limitémonos á las donaciones simples en todo ó en parte (en lo que excedan del valor del gravamen impuesto).

El contrato existe, según el art. 1254 del Código, desde que una ó varias personas consienten en obligarse respecto de otra ú otras á dar alguna cosa ó prestar algún servicio.

No hay contrato, añade el art. 1261, sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º, consentimiento de los contratantes; 2.º, objeto cierto (cosa ó servicio) que sea materia del contrato; 3.º, causa de la obligación que se establezca.

Según el art. 1274, «en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante, la prestación ó promesa de una cosa ó servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor».

De estos artículos se desprenden dos clasificaciones de los contratos:

1.ª *a*) Contratos que tienen por objeto la dación de una cosa. *b*) Contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio.

2.ª *a*) Contratos con causa onerosa ó remuneratoria.—*b*) Contratos con causa lucrativa ó de pura beneficencia.

Atendiendo á estos preceptos, las donaciones entre vivos son indudablemente contratos, porque hay concurso de voluntades, hay objeto y hay causa. Son contratos gratuitos ó de pura beneficencia, cuyo objeto es la dación de una cosa ó de un derecho sobre esa cosa.

Pero este argumento es de aquellos que, por probar demasiado, nada prueban contra la idea del legislador, al separar la donación como un modo especial de adquirir. Consentimiento, objeto y causa hay en las sucesiones, en el matrimonio, etc., y podrían estimarse también contratos dentro de estos lineamentos generales que tanto abarcan. El Código no niega que pueda estimarse como contrato la donación, pero la estudia aparte y la considera como un modo especial de adquirir, porque no ha podido menos de observar que son demasiadas las especialidades que presenta respecto á los demás contratos ordinarios, especialidades que la acercan bastante á las sucesiones.

¿A qué obedece esa especialidad? «La única diferencia, dice Savigny, entre el contrato y la donación, consiste en que aquél puede aplicarse á toda clase de relaciones de derecho, mientras que ésta se aplica solamente al derecho de bienes.» Pero no es esto sólo: no obedece la especialidad de la donación á que sea su objeto la dación de una cosa, y, por tanto, modo de adquirir y transmitir la propiedad, porque lo mismo ocurre en la compraventa, la permuta, el censo, etc., y á estos actos se les llama contratos y se incluyen como un modo distinto de transmitir y de adquirir. No obedece tampoco la especialidad á que constituyan las donaciones un acto de pura liberalidad, porque el mandatario que administra gratuitamente los bienes de un amigo ó pariente, el gestor de negocios, en iguales casos, el que volun-

tariamente y sin premio ni interés alguno presta un servicio cualquiera, obran también gratuitamente y por mera liberalidad, y, sin embargo, estos actos son tratados por el Código entre los contratos.

El carácter especial de las donaciones nace de las dos circunstancias reunidas á que nos hemos referido, no de una sola de ellas. Nótese que los actos gratuitos de que hemos hecho mención no constituyen modos de adquirir el dominio, no consisten en la dación de cosas. Nótese que los otros modos de adquirir que, como contratos, estudia el Código, tienen todos una causa onerosa ó remuneratoria. Nótese, por último (art. 1187), que la condonación, único acto que puede reunir los expresados caracteres, sigue las reglas de las donaciones, como que es una verdadera donación.

Hay, pues, un grupo especial de actos, ó si se quiere de contratos, que al mismo tiempo tienen una causa gratuita y constituyen un modo de adquirir. Este grupo está formado exclusivamente por las donaciones.

Pero también es un modo de adquirir, con causa puramente gratuita, la sucesión testada ó intestada. Luego las donaciones tienen una naturaleza muy semejante á las sucesiones. Pues de esta casi identidad de naturaleza, de esta estrecha relación entre ambas instituciones, nace forzosamente y contra la voluntad de todo legislador que intentara desconocerlo, la especialidad de la donación como modo de adquirir.

Cierto que las donaciones producen sus efectos en vida del donante, y en las sucesiones esos efectos se producen por la muerte del que dispone de los bienes; cierto que, como una consecuencia de lo dicho, es irrevocable la donación y puede revocarse el testamento hasta la hora de la muerte. Pero precisamente por estos motivos, ambas instituciones, sin dejar de ser semejantes, no son idénticas. Si bien el heredero continúa á veces la personalidad del causante, no hacemos mención de esta circunstancia porque no es un carácter distintivo á todas las sucesiones, ya que los legatarios y aun los mismos herederos, si

aceptan la herencia á beneficio de inventario, suceden por testamento y no confunden su personalidad con la del difunto.

Desde el momento en que hay actos por los que se transmite gratuitamente la propiedad en vida y actos por los que gratuitamente se transmite la propiedad para después de la muerte, la ley tiene que imponer á unos y otros actos iguales limitaciones. ¿Cómo va á prohibir á un testador que disponga libremente de sus bienes para después de su muerte, si consiente que se desprenda de ellos gratuitamente durante su vida? O había que suprimir las legítimas, ó era necesario limitar las donaciones.

Ante esta necesidad, las reglas generales de los contratos no podían servir para las donaciones. Y no se diga que cada contrato tiene su modo de ser especial, debiendo forzosamente seguir reglas distintas la compra-venta que la sociedad, el mandato que la fianza, etc., porque ni nos referimos sólo á las reglas especiales, ni contrato alguno, como la donación, es, del mismo modo que las sucesiones, modo de adquirir por título gratuito.

Así es que empezamos por notar que muchos que pueden contratar no pueden hacer donaciones, y que, en cambio, pueden ser donatarios y aun aceptar donaciones muchos que no pueden contratar. Bajo el primer aspecto, ¿cómo van á justificar el padre ó el tutor la necesidad ó la utilidad de que el hijo ó el menor hagan donación simple de sus bienes? Bajo el segundo, basta leer los arts. 625 y 626 para convencerse de que la capacidad para adquirir por donación se acerca más á la capacidad para adquirir por herencia ó legado, y aun tiene menos trabas legales, porque hay menos temor de que sea onerosa la adquisición.

Continuamos viendo que una persona puede contratar sobre todos sus bienes, pero no todos puede donarlos, y que nadie puede dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

Vemos, por último, la especialidad de las reglas de la donación para su rescisión en el caso de que haya fraude de acreedores, sus especiales causas de revocación, su reducción por inoficiosas, y, en fin, las reglas que llenan el Código en el tratado

de la sucesión, y no se aplican á los contratos, sino sólo á las donaciones, de las que ofrecen ejemplo los arts. 811, 812, 817 al 820, 825, 869, 968, 1035, 1039, 1040, 1044, 1046 á 1048, etc.

Y como todas estas reglas no son caprichosas, como obedecen á una verdadera necesidad y arrancan de la naturaleza misma de la donación, no hay más remedio que reconocer con cuánta razón el Código español, siguiendo el ejemplo de otros muchos, ha considerado á las donaciones como un modo especial de adquirir y las ha estudiado separadamente de los contratos.

CAPITULO PRIMERO

De la naturaleza de las donaciones

ARTÍCULO 618

La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

ARTÍCULO 619

Es también donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

Estudiamos juntos estos artículos, porque ambos completan el concepto que al Código merece la donación, siendo el segundo algo así como una ampliación del primero.

La donación fué definida como un contrato en el Código francés; pero Napoleón sustituyó la palabra *contrato* por la de *acto*, por estimar que la idea de utilidades y servicios recíprocos que lleva consigo la palabra *contrato*, no se avenía bien con el concepto de la donación. Pudo haber en este punto más instinto práctico que verdadera reflexión y conocimiento jurídico; pero

nuestro Código acepta la palabra *acto* en el art. 618, y la encontramos propia y exacta.

La etimclogía de la palabra donación, *doni datio*, dación gratuita, expresa perfectamente el acto que el Código define. La ley 1.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, decía: «Donación es bien fecho que nasce de nobleza é bondad de razón, quando es fecha sin ninguna premia.»

Es, pues, indudablemente la donación un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa. Su causa es el cariño, el desprendimiento, la admiración, la generosidad, el agradecimiento, la compasión. El que dona se llama donante; el que recibe la donación, donatario.

Por lo demás, no es solamente la entrega ó la disposición de una *cosa* lo que constituye la donación. También es donación, la disposición ó dación de un derecho, como lo prueba el art. 640 y se desprende del 609. El perdón ó condonación de una deuda, y la renuncia de un derecho adquirido, son también donaciones verdaderas. Por eso el Código no dice que se da, cede ó entrega gratuitamente, sino que se *dispone*. El viudo que renuncia en favor de sus hijos su legítima usufructuaria, el prescribente que renuncia en favor del propietario el derecho ya adquirido por prescripción, el dueño del predio dominante que renuncia la servidumbre, el fiador personal que gratuitamente deja de reclamar al principal deudor lo que por él pagó, el acreedor que perdona el todo ó parte de la cantidad que se le debe, etc., realizan actos de donación, actos de pura liberalidad que encajan en el general concepto del art. 618.

Además, la palabra *disponer*, que comprende uno de los derechos inherentes al dominio, indica que, para que exista la donación, no es precisa la entrega de lo donado por regla general, aunque se trate de cosas materiales, pues por más que esa entrega se difiera, no por eso queda menos obligado el donante, que, al disponer, expresa su voluntad de desprenderse de lo suyo, sin que pueda ya arrepentirse, ni revocar por su sola voluntad la donación.

Una cosa, sin embargo, es disponer, y otra prometer que se dispondrá ó donará. La promesa de donar, aun aceptada, no implica donación, pues, como declara la sentencia del Tribunal Supremo, los arts. 618, 619 y 632 se hallan escritos sobre la base de la efectividad ó realización del hecho de disponer ó donar.

La disposición se hace *en favor* de otra persona (el donatario), que la acepta. La frase *en favor*, expresa que se trata de un beneficio para el donatario. Se exige la aceptación de éste, porque á nadie se le puede obligar á que reciba un beneficio contra su voluntad. La aceptación ó consentimiento del donatario no significa, por tanto, que quede obligado á otra cosa que á recibir la donación: no es más que una muestra del respeto que á la ley merece la voluntad individual.

Los Códigos francés é italiano (arts. 894 y 1050) definen la donación como «un acto por el cual el donante se desprende actual é irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta», siendo de notar que el primero estudia las donaciones entre vivos en el mismo título que los testamentos. No deja de ser actual el desprendimiento (la *disposición*, como dice nuestro Código), aunque la donación se haga á plazos ó con condición suspensiva, á cuyo efecto Troplong distingue entre la *disposición* y la *ejecución*, pudiendo ésta diferirse más ó menos sin que se altere la naturaleza del acto; ni deja de ser irrevocable la donación aunque la ley establezca determinadas causas de revocación, porque estas causas obedecen á razones de interés superior, y en modo alguno á la sola voluntad del donante. El Proyecto de Código de 1851 contenía también la palabra *irrevocablemente*.

***

La donación de que habla el art. 618, es la donación propia ó verdadera. Añade el art. 619, que «también es donación la que se hace á una persona por sus méritos ó por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, ó aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado».

Prescinde el Código de las clasificaciones de la donación en propia é impropia, simple y con causa, remuneratorias, condicionales, con causa onerosa, etc., si bien después no habla de estas últimas ó alude á ellas (arts. 622 y 626). Se concreta en el 619 á expresar hasta qué límite debe estimarse el acto como una donación. Comprende tres casos:

Primer caso. Donación hecha á una persona por sus méritos.—Este acto en realidad encaja perfectamente en la definición del art. 618. La liberalidad arranca de la admiración que se siente hacia ciertas personas que han sabido distinguirse por sus obras, por su amor á las ciencias ó á las artes, por sus servicios á la patria, por sus socorros á los desgraciados, extirpación de ciertos vicios, etc., ó por su buen comportamiento en general, como podía arrancar de otros sentimientos igualmente nobles y desinteresados, tales como el amor ó la compasión. Caracteriza á este grupo el desinterés; el donante se priva de lo suyo, favorece á un tercero sin mira alguna egoista, por actos ó hechos que, directamente al menos no redundan en su beneficio.

Segundo. Donación hecha á una persona por los servicios prestados al donante.—En este grupo, por el contrario, la voluntad del donante se mueve por actos que le benefician directamente. La causa impulsiva es el agradecimiento, la remuneración, la expresión del reconocimiento, el deseo de recompensar. Hasta qué punto pueda estimarse el acto como una donación, es un tema difícil, porque, en realidad, allí donde existe un equivalente en cualquier forma de lo que se recibe, acaba la donación, ni basta guiarse por una teoría más ó menos brillante sin contar con las aplicaciones y la práctica.

El art. 619 exige que los servicios no constituyan deudas exigibles. ¿Revela con claridad la idea que quiso expresar? Mucho tememos que el legislador no haya conseguido su propósito. Es verdad que el terreno es escabroso; mas precisamente por eso hace falta saber con certeza la verdadera significación de esas palabras.

Las palabras «constituyan deudas» que han sustituído en la

última edición del Código á las de «no tengan la naturaleza de deudas», pueden entenderse de dos modos distintos y relacionarse de dos maneras diferentes.

Relacionadas con los servicios prestados, que es lo que lógicamente se deduce del artículo *constituir* esos servicios deudas exigibles, equivale, aparentemente al menos, á ser dichos servicios, *en sí mismos*, obligaciones exigibles. Poco importa en tal caso la no exigibilidad de la remuneración; lo indispensable sería que el servicio no fuese obligatorio.

El abogado y el pintor que renuncian sus honorarios, el vendedor que condona el precio, el mandatario que gratuitamente se compromete á hacer algo por cuenta de otro, el depositario que sin retribución se obliga á conservar el depósito, etc., todos ellos prestan servicios que *constituyen* (ellos, no su importe) deudas exigibles, porque, una vez obligados, pueden ser compelidos á cumplir su compromiso. Luego si en reconocimiento ó agradecimiento hacia esas personas por los servicios ó favores recibidos, quiere recompensárseles con algo, ese algo no es donación, con arreglo al art. 619, interpretado en el sentido expuesto.

Si, pues, todas esas formas de recompensar se excluyen del campo de las donaciones, ¿qué es lo que queda? ¿cuándo habrá donación remuneratoria de servicios? Solamente cuando los servicios no sean legalmente exigibles. El hecho de salvar la vida á una persona, ayudar sin obligación á sofocar un incendio, socorrer á la familia en trances ó situaciones difíciles, como la pobreza ó la enfermedad, el destierro ó la desgracia, obtener para otro un cargo ó un empleo, hospedar por simple amistad ó consideración, etc.; siempre, en fin, que se trate de la prestación de un servicio (no de la entrega de una cosa) y ese servicio no tuviera obligación legal y exigible de prestarlo la persona á cuyo favor se dispone, ó sea aquella á quien se hace la donación.

No nos desagrada esta inteligencia; pero quizás no haya sido esa la idea del legislador. Calificar un acto, no por lo que sea en

sí mismo, sino por la naturaleza de otro distinto, no es normal ni lógico.

Conforme las ideas de Goyena, Troplong y otros reputados jurisconsultos con la doctrina predominante en los Códigos, hay donación siempre que el que dispone de los bienes realice este hecho espontáneamente, sin más estímulo que el de su corazón ó el de su conciencia; siempre que exista una verdadera liberalidad y el donante no pueda, antes de ofrecerla, ser obligado civilmente á efectuarla; siempre, en fin, que la donación no constituya una deuda exigible. Es cierto que, de ordinario, al ser exigible el servicio, es exigible su importe: y viceversa, servicios espontáneos no pueden motivar remuneración forzosa; pero hay casos en los que no ocurre así, v. gr., el depositario y el mandatario, por regla general, pueden ser compelidos á cumplir y exigírseles responsabilidad, mas no pueden compeler al deponente ó al mandante á que les paguen ó recompensen el servicio que gratuitamente se comprometieron á prestar. Se les remunera, sin embargo; ¿hay donación? Vulgarmente se entiende que sí: hay donación siempre que no existe obligación previa de dar cosa alguna.

Troplong dice: «En las donaciones no hay ningún vínculo preexistente de derecho; todo se hace espontáneamente, siguiendo las leyes del fuero interno; si el reconocimiento llega á determinar una donación, no es porque exista una obligación determinada: se obra sólo por un movimiento del corazón: *nullo jure cogente* » «No pueden considerarse donaciones remuneratorias, añade en otro lugar, las que sirven para pagar servicios especiales apreciables en dinero, y por los cuales corresponde al donatario una acción en juicio. Todo depende de las circunstancias, y la equidad de los tribunales sabe de ordinario resolver con justicia» (1).

(1) Sin embargo, dicho autor afirma que el hecho de señalar una pensión vitalicia á una hermana necesitada, no es donación, porque obedece á una obligación natural muy marcada: la de alimentar. Estas cuestiones requerirían un estudio muy detenido.

¿Se ha separado nuestro Código de esta norma? No lo creemos: hubiera en tal caso planteado en otro terreno la cuestión; hubiera hecho depender la existencia de la donación del hecho de mediar ó no por la otra parte una prestación equivalente. Lejos de eso, la palabra *deudas* y la idea de su *exigibilidad*, nos muestran que sigue el mismo camino que ya anteriormente se conocía, siquiera no creyese que sus palabras podían ser interpretadas en distinto sentido.

No constituyan deudas exigibles, equivale, si esto es cierto, á que no motiven, no creen, no produzcan deudas exigibles al donante (1). Un abogado defiende un asunto ante los tribunales, un pintor concluye un retrato que se le ha encargado, se crea una deuda exigible y el pago no es una donación. Mas el pintor ó el abogado renuncian sus derechos, y se les hace un regalo espléndido. ¿Puede decirse que lo que se da por el servicio *constituye* una deuda exigible? La deuda condonada se ha extinguido, no se puede exigir; si algo se da en agradecimiento, ese algo es donación. Una persona administra gratuitamente los bienes de un amigo enfermo ó un tutor los de un menor ó incapacitado, sacrificando su vida al cuidado de esos bienes ó al cumplimiento de lo que creen su deber, y obtienen después una recompensa más ó menos importante, pero merecida. Esta recompensa, ¿es donación? Si atendemos al que la recibe, como parece expresar el Código, no es donación, porque el servicio constituye una obligación exigible, mientras no se renuncie su desempeño; si atendemos al que la da, como lo hace Troplong, y como creemos que quiere expresar el art. 619, hay donación, porque el donante no puede legalmente ser compelido á pagar esos servicios.

Tercero. Donación en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.—Ante todo, hay que determinar lo que el Código entiende por *gravamen* en el art. 619. Gravamen, en nuestra opinión, equivale aquí á carga de cualquier clase,

(1) Ó hay que entenderlo así, ó relacionar las palabras «no constituyan deudas exigibles» con la donación, ó sea la recompensa ó remuneración del servicio.

real ó personal. Toda limitación, carga ó condición que se impone al donatario, ha de estimarse gravamen de la donación; entendiendo por condición, no el hecho incierto de que depende el cumplimiento ó incumplimiento del acto, sino la calidad ó circunstancia con que se hace; la cláusula particular, como dice Escriche, que se pone en un acto ó contrato para modificar sus efectos ordinarios.

Todas estas cargas, condiciones ó limitaciones, constituyen en realidad un gravamen para el donatario, importando poco que redunde en beneficio del donante ó de un tercero. Lo esencial es que representen una disminución de beneficio para el donatario. En todo caso han de deducirse para calcular la verdadera importancia de la donación, pues hasta donde alcance el valor de esas cargas el donatario no recibe los bienes por pura liberalidad, sino á cambio del gravamen que ha de sufrir, y, por tanto, á título oneroso. La donación la constituye solamente el exceso de valor de los bienes que se entregan sobre el valor de las cargas que se imponen.

Pudiendo ser estas cargas de naturaleza muy diversa, no será siempre cosa sencilla determinar el valor que representan, porque no toda limitación puede representarse por una cantidad; de aquí que hayamos de limitar la palabra *gravamen* solamente á las cargas reales ó personales apreciables en dinero, á aquellas que tienen un valor material susceptible de representarse por una cantidad, porque en otro caso el cumplimiento de de la ley sería imposible. Para hacer viable el precepto, para poder saber hasta qué límite constituye el acto una donación, sujeta, como tal, á revocación ó reducción en su caso, dispone el primer párrafo del art. 633 que las donaciones de bienes inmuebles han de hacerse en escritura pública, expresando en ella individualmente los bienes donados y el *valor de las cargas* que deba satisfacer el donatario, y el espíritu de esta disposición ha de cumplirse en toda donación por la que se impongan cargas al donatario, aunque no tenga por objeto bienes inmuebles.

Á pesar de todo, puede ocurrir que no conste el valor de las cargas y se dude, en su consecuencia, del valor de la verdadera donación. En tal caso, llegado el conflicto, y no habiendo conformidad entre los interesados, resolverán los tribunales.

El gravamen que con más frecuencia se impone al donatario es el de pagar una pensión vitalicia. Puede constar el capital de la donación y el importe anual, mensual ó diario de la pensión; pero esto no basta. Ha de conocerse también el capital de esa pensión para deducirlo ó no computarlo en el importe de la donación.

Son otras cargas usuales las de facilitar al donante habitación ó alimentos durante su vida, la de costear una carrera, satisfacer los gastos de entierro y funeral, etc., y en todo caso se observa la necesidad de dar un valor á esas cargas para evitar dificultades y litigios.

Cuando el donante se reserva algún derecho real en los bienes que dona, el acto se comprende en el art. 618 ó en otros casos del 619, que examinamos; pues lo que el donante se reserva de sus mismos bienes, ni entra en el cómputo del valor de la donación, ni puede en modo alguno llamarse un gravamen impuesto al donatario.

Por último, cuando el gravamen se constituya en favor de un tercero, sin dejar de ser carga para el que recibe los bienes donados, puede ocurrir que exista una verdadera y nueva donación en favor de ese tercero, lo cual sucederá si adquiere á su vez gratuitamente un derecho real sobre los mismos bienes.

Donaciones simples, remuneratorias, condicionales y con causa onerosa.—En la idea que dan de las donaciones los arts. 618 y 619, se comprenden las que los autores denominan simples, remuneratorias y condicionales. Son *simples* las á que se refiere el art. 618 y primera parte del 619. Son *remuneratorias* ó *compensatorias* todas las demás, según se deduce del art. 622. De éstas, unas remuneran servicios prestados con anterioridad, y son las propiamente remuneratorias, y otras compensan una carga, gravamen ó condición que se impone al donatario, infe-

rior al valor de lo donado, y pueden llamarse *condicionales*. Además, el art. 622 habla de donaciones con *causa onerosa*, debiendo considerarse tales las que remuneran servicios que constituyan deudas exigibles, esto es, que produzcan deudas exigibles al donante ó impongan al donatario un gravamen equivalente al importe de la mal llamada donación.

El art. 638 considera también como donaciones onerosas á las condicionales.

Por otra parte, es fácil separar en los arts. 618 y 619 las especies de donaciones á que se refería el Rey Sabio en el proemio del tít. 4.º, Partida 5.ª, al decir: «las donaziones se fazen por gracias ó por bondad de aquel que lo dá, ó por merescimiento de aquel que lo rescibe.»

Jurisprudencia.—a) El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Junio de 1898, que viene á confirmar la doctrina de otra dictada en 25 de Febrero de 1897, declara que la *posposición* que hace la mujer de su *hipoteca dotal*, á la establecida por su marido en favor de un tercero, es un acto válido, no comprendido en la prohibición del art. 1334, relativo á donaciones entre los cónyuges durante el matrimonio, porque esa posposición carece del requisito esencial de ser acto de mera liberalidad, exigido en el art. 618, y no constituye, por tanto, verdadera donación. La mujer no se desprende en realidad de derecho alguno que pase á su marido, mantiene contra éste su hipoteca, aunque conceda preferencia sobre ella á la de un tercero; de existir donación sería en favor de este tercero, y respecto á él, no cabe suponer el generoso desprendimiento, la resolución espontánea de dar gratuitamente la liberalidad que constituye la esencia de la verdadera donación.

La misma idea inspira la sentencia de 8 de Marzo de 1902.

Véase también la de 5 de Mayo de 1896.

b) La expresión de causas falsas para explicar la donación, no la anula.

Una señora, sin herederos forzosos, hizo donación alegando servicios prestados por los donatarios, cuidados y atenciones de

los mismos, y la seguridad de que así continuaran mientras viviese. Más tarde, cambiada su voluntad, reclamó la nulidad de esa donación, fundándose en ser falsas las causas que había manifestado al donar. Acordada la nulidad por la Audiencia el Tribunal Supremo, el 4 de Mayo de 1901, casó la sentencia recurrida, fundándose en que la donación no podía estimarse como remuneratoria y condicional, sino como donación simple, y en que quitadas las causas alegadas al hacerla, por no ser ciertas, cosa que desde luego sabía la donante, quedaba siempre como causa verdadera la liberalidad, que es la que caracteriza toda donación.

c) Las participaciones que suelen dar los comerciantes á sus factores ó dependientes en los productos de sus empresas mercantiles, ó de alguna determinada, dice en su primer considerando la sentencia de 16 de Febrero de 1899, no constituye donación, en la acepción legal de la palabra, porque no tienen su causa en una liberalidad, sino que antes bien obedecen á un móvil interesado, cual es el de recabar por el estímulo de la ganancia una cooperación más activa é inteligente que la que humanamente puede esperarse de la retribución fija, no acompañada de futuras, aunque aleatorias ventajas.

d) Las sumas consignadas para empleados de una Compañía en la Caja de previsión fundada por la Empresa á favor de los mismos, no constituyen por sí solas una donación perfecta, y menos aún una donación hecha por la Compañía á cada empleado individualmente, porque los donativos se hacen en favor de la Caja misma, ó sea para la colectividad de los empleados y no para cada uno, y se abonan en la cuenta particular de éstos con carácter transitorio y condicional, no teniendo, por tanto, derecho á ellos el empleado separado del servicio de la Compañía.

e) La simple entrega de títulos ó acciones no arguye donación, pues puede probarse que se hizo para otro fin; por ejemplo, en calidad de depósito. (Sentencia de 5 de Julio de 1906.)

El recibo dado á una persona para acreditar la entrega de

una cantidad, constituye un título que determina la obligación de restituir, mientras no conste de algún modo que se entregó á calidad de regalo ó donación. (Sentencia de 6 de Junio de 1908.)

f) Según la Resolución de la Dirección de los Registros de 17 de Julio de 1907, es válida, y no envuelve donación, la renuncia que hace el viudo de su cuota usufructuaria antes de serle adjudicada, pues los herederos adquieren en tal caso por derecho de acrecer, y no del viudo, sino del causante.

Esta Resolución viene á distinguir entre la renuncia extintiva y la traslativa, considerando que ésta envuelve donación y no aquélla. Prácticamente no siempre es así: el viudo que renuncia su cuota usufructuaria antes de serle adjudicada, pero siempre después de pertenecerle legalmente, teniendo hijos á quienes ha de pasar, ó en quienes ha de recaer como herederos, diga ó no que renuncia en favor de sus hijos, realmente dona, se desprende gratuitamente de un derecho que le pertenece en beneficio de otros; pero ese acto que en tal forma extintiva, como se dice, es considerado perfectamente válido, no quiere reconocerse que lo es igualmente en forma traslativa por sostenerse la doctrina de que los usufructos legales no son en caso alguno enajenables. Pero ¿es que la renuncia de un derecho, medie ó no adjudicación determinada, no significa acto de disposición ó enajenación? Esta es la clave de la cuestión y lo que debe resolverse de frente.

Códigos extranjeros.—Hemos hecho mención de los arts. 934 del Código francés y 1050 del de Italia; el 1051 de este último corresponde al 619 del nuestro, que no tiene concordante en el de Francia.

Inútil es repetir conceptos casi idénticos de la donación expresados en otros Códigos. Por su especialidad, citaremos el Código de la República Argentina, cuyo art. 1791 considera como donaciones: 1.°, la repudiación de una herencia ó legado con el fin de beneficiar á un tercero; 2.°, la renuncia de una hipoteca, ó la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor

sea insolvente; 3.º, el dejar de cumplir una condición de la que dependa la adquisición de un derecho por beneficiar á otro; 4.º, la omisión voluntaria, ó el no uso voluntario de una servidumbre con ánimo de perderla; 5.º, el dejar de interrumpir una prescripción, pudiendo hacerlo; 6.º, el pago de lo no debido por beneficiar á aquel á quien se paga; 7.º, el servicio personal gratuito por actos en que hay costumbre de exigir retribución; 8.º, todos aquellos actos por los que las cosas se entregan ó se reciben gratuitamente, aunque no sea con el fin de transmitir el dominio.

El núm. 8.º alude, sin duda, á ciertos actos gratuitos, como el comodato. Este número y el 7.º, sobre todo, prueban que dicho Código toma la palabra *donación* en un sentido mucho más amplio. No negaremos la exactitud de tales afirmaciones; pero no hay que olvidar que nuestro Código examina la institución desde un punto de vista más limitado y concreto, considerando á las donaciones como un modo de transmitir y de adquirir la propiedad y los derechos reales.

El art. 1825 del mismo Código (República Argentina) establece que las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos á título oneroso, mientras no excedan de una equitativa remuneración de los servicios recibidos. Lo mismo decimos de toda donación de cosas que compense otra donación de cosas ó servicios, porque es lo cierto que, aunque el acto se estime tal donación, por ser espontáneo, nunca necesario, al existir un equivalente en cualquier forma han de modificarse las reglas de las donaciones. Ó ha de haber más rigor al definir la institución, ó se impone la variación en el modo de ser al tratarse de su aplicación práctica. Insistiremos sobre esto en el comentario del art. 622.

ARTÍCULO 620

Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por

las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.

ARTÍCULO 621

Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título.

Ley 6.ª, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real: «Donaciones fácense en dos maneras, ó por manda en razon de muerte ó en sanidad sin manda: la que es fecha por manda, puédala aquél que la fizo dar á otro ó retenerla para sí, si quiere; é la que es fecha de otra guisa, no la puede toller á aquel que la dió sino por las razones que manda la ley.»

La ley 11, tít. 4.º, Partida 5.ª, habla de las donaciones que «fazen los omes estando cuytados en enfermedades ó teniendo otros peligros por los que teman perecer». Estas donaciones podían revocarse de tres modos: 1.º, por recobrar la salud ó salvarse del peligro; 2.º, por morir el donatario antes que el donante; 3.º, por arrepentirse el donante antes de morir. La forma era la del testamento.

Vulgarmente, donación *inter vivos* y donación *mortis causa*, equivalen á donación que produce sus efectos en vida del donante, ó donación que los produce por muerte del mismo. Legalmente, puede sostenerse, en vista de los preceptos citados, que el sentido era el mismo; pero se admitía como donación entre vivos la que se hacía en estado de salud sin consideración alguna á la muerte, y como donación *mortis causa* la que el donante hacía estando enfermo, en peligro de muerte ó por consideración á ésta; aquélla se estimaba irrevocable; ésta supeditada á la condición de morir el donante; y morir antes que el donatario, era esencialmente revocable. Si los bienes se entregaban en vida, en caso de peligro, la donación podía producir sus efectos antes

de la muerte del donante, sin dejar por eso de considerarse como hecha *mortis causa*. Ejemplo: «Toma mis bienes; si no muero en tal peligro, me los devolverás.»

No indagaremos si la corriente se había salido de su cauce natural. Ley ó corruptela legal, el sentido vulgar era distinto al sentido jurídico. El Código civil acepta el sentido vulgar, sin duda más propio y sencillo. Unas donaciones producen sus efectos entre vivos (art. 621); otras producen sus efectos por muerte del donante (art. 620); aquéllas conservan su antiguo nombre; éstas no tienen en el Código nombre especial. Éstas son en realidad legados, aquéllas son las donaciones verdaderas. Las unas se rigen por las reglas marcadas en los artículos 624 al 626; las otras por las disposiciones establecidas para la sucesión testamentaria.

La razón es sencillísima. Según hemos expuesto en las ideas generales, las donaciones tienen una naturaleza muy semejante á la de las sucesiones. Son sus caracteres distintivos más esenciales el que los bienes se transmitan en vida ó para después de la muerte, y que por variación de la voluntad del causante pueda ó no ser revocada la disposición. Desde el momento en que la muerte del donante es la que determina la adquisición ó el derecho á los bienes; desde el momento en que la disposición puede ser revocada voluntariamente, se salva la línea divisoria entre unos y otros actos: la donación equivale á un legado; más aún que esto: es un legado en realidad.

La disposición del art. 620 significa, por lo tanto: 1.º, que han desaparecido las llamadas antes donaciones *mortis causa*, por lo que el Código no se ocupa de ellas en absoluto; 2.º, que toda disposición de bienes para después de la muerte sigue las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.

Luego los artículos 622 al 656 y cuantos hablan en el Código de donaciones, se refieren á las que producen sus efectos *entre vivos*, como dice el art. 621, ó durante la vida del donante. Luego para disponer de los bienes para después de la muerte, aunque se hable de donación, la forma es el testemento; la capacidad

para adquirir y recibir, los efectos de la disposición, todo, ha de regirse por las reglas de la sucesión testamentaria.

En armonía con esta conclusión, declara la Resolución de la Dirección de los Registros de 29 de Julio de 1904, que las donaciones por causa de muerte no requieren la aceptación por el donatario, puesto que les son en todo aplicables las reglas de la sucesión testada. Los arts. 629 y 633 sólo son pertinentes con relación á las donaciones entre vivos.

En las donaciones entre vivos, objeto del art. 621, han de tenerse presentes: 1.º, los artículos 618 al 656; 2.º, las disposiciones *generales* de las obligaciones y contratos. El art. 622 aclara el precepto, invirtiendo el orden establecido en cuanto no exista verdadera donación.

Las *dotes* y *donaciones por razón de matrimonio* se rigen, en parte, por preceptos especiales, y de ellas se ocupa el Código en el libro 4.º, tít. 3.º, con motivo del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Véanse los artículos 1328 y 1339.



Donaciones á término y con condición.—No basta, sin embargo, lo expuesto, para comprender el alcance del precepto legal y para determinar con certeza cuándo debe estimarse el acto una donación entre vivos y cuándo un legado, porque la voluntad puede imponer al acto determinadas modalidades, que, sin una norma segura, harían dudosa la solución: A. dona á B. una finca para después de su muerte, en virtud de contrato, ¿Es válido el acto? ¿Deberá estimarse como un legado?

Las donaciones pueden hacerse *puramente, desde ó hasta cierto día, y con condición suspensiva ó resolutoria.* Para apreciar estas cuestiones, y partiendo de lo que disponen los arts. 620 y 621, debe acudirse al comentario de los artículos 790 á 805, ó 1113 á 1130, respectivamente.

En las donaciones puras, en las donaciones *hasta* cierto día, y en las donaciones con condición resolutoria, los bienes pasan

desde luego al donatario en vida del donante y no hay cuestión.

Cuando el término que se fije para entrar en el disfrute de los bienes sea el de la muerte del donante, ó la condición suspensiva se relacione con ese hecho, la confusión es posible. Para evitarla hay que distinguir entre la *disposición* y la *ejecución* de la donación. Producir la donación sus efectos en vida ó por muerte del donante, no quiere decir entrega de los bienes en vida ó después de la muerte. Desde que el donante *dispone* gratuitamente de los bienes, y la disposición se acepta por el donatario, la donación existe perfecta é irrevocable (arts. 618 y 623). Hasta que llegue el día ó se cumpla la condición, la donación no se *ejecuta*, pero produce efectos. Así, el que dona á término, aunque ese término sea el de su muerte, ha dispuesto ya de lo donado, y no puede ya revocar la donación, ni, por tanto, disponer de la cosa en favor de otro. Si la cosa perece por culpa del donante, si se deteriora por igual causa, puede exigirse indemnización. Respecto á las donaciones con condición suspensiva, basta leer los arts. 1120 y 1122 para comprender cuantos efectos produce la donación durante la vida del que la hace. El que dona para después de su muerte, dona, no lega. El sólo nombre del acto, no constando claramente que sea distinta la voluntad, basta para la aplicación de las reglas legales referentes á las donaciones. Ahora bien: si el mal llamado donante, no sólo dilata la fecha de la ejecución para el momento de su muerte, sino que además de reserva la facultad de revocar á su arbitrio la disposición, entonces el acto no es válido bajo la forma de contrato; hay en realidad una disposición *mortis causa* que exige las solemnidades del testamento.

La disposición de la nuda propiedad en vida, es donación, porque el donatario puede desde luego disponer de ese derecho (1).

---

(1) Deseando una madre evitar cuestiones después de su fallecimiento, donó á sus hijos la nuda propiedad de sus bienes, reservándose el usufructo, y determinando los correspondientes á cada hijo. Presentado el título á ins-

Fernando parte á Cuba en defensa de la patria; ántes de partir dona sus bienes á Luis, con la condición de que, si vuelve salvo, éste se los devolverá. Aquí tenemos la antigua donación *mortis causa*. No hay más que una donación con condición suspensiva ó resolutoria, según que los bienes se entreguen en el acto ó no deban entregarse hasta que se cumpla el hecho incierto ó eventual, porque el acto se presume irrevocable y produce efectos entre vivos.

Juan dona á Pedro una casa, que entregará en el término de dos años, ó en el caso de que su hijo regrese sano á su patria. Antes de llegar el término ó cumplirse la condición, muere Juan. Esto no importa: sus herederos quedan obligados á entregar la casa á Pedro al cumplirse los dos años ó al regresar sano el hijo, porque los efectos del acto no se producen en tales casos por la muerte de Juan.

Es preciso, pues, para que el acto deje de estimarse donación y sea considerado como disposición por causa de muerte, que los efectos del acto arranquen precisamente del momento de la muerte, y se determinen ó nazcan por causa ó con ocasión de ella; que antes no exista nada más que la expresión de una voluntad revocable á capricho, que sólo la muerte puede convertir en irrevocable, firme ó definitiva.

Jurisprudencia.—Pueden consultarse las resoluciones de la Dirección general de los Registros de 24 de Febrero de 1888 y 26 de Septiembre de 1901, y las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 1902, 21 de Febrero de 1896, 28 de Enero de 1898 y 13 de Junio de 1900, para penetrarse de las di-

---

cripción, el Registrador no le admitió, por falta de insinuación de la donación. La Dirección general resolvió en 12 de Marzo de 1892 que el acto constituía una partición hecha en vida por la madre entre todos sus hijos, lo cual consentía la ley 9.ª, tít. 5.º, Partida 6.ª En rigor, antes de la partición, acto declarativo, está la disposición, y ésta, ó era una donación, ó exigía un testamento. Hoy no hay cuestión: el acto es, sin duda, donación, pues produce efectos entre vivos. Aparte de esto, la insinuación no era necesaria, como veremos en su lugar.

ferencias que separan á las verdaderas donaciones entre vivos, de las llamadas antes donaciones *mortis causa*. Hoy la diferencia queda bien marcada en el comentario, y es por tanto evidente que la dote constituída en capitulaciones matrimoniales, por pura liberalidad, para asegurar el sostenimiento del matrimonio, es una donación entre vivos, aunque la donante retenga los bienes para que se entreguen el día de su muerte, lo cual es una modalidad que no altera la verdadera naturaleza *irrevocable* del acto con todas sus consecuencias. Lo mismo ocurría aunque se estableciese como condición la de haber de sobrevivir al donante el donatario.

La uniforme jurisprudencia citada ha sido interrumpida por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1905, y 24 de Abril de 1908. Una señora endosó un resguardo de valores públicos á favor de otra persona, para que se pagase á la orden de la donataria al ocurrir el fallecimienio de la donante; como consecuencia de su acto de disposición, entregó el resguardo á esa donataria, é hizo después dos testamentos instituyendo herederos, sin hablar del resguardo ni de la donación. La simple exposición del hecho da idea del alcance de la disposición: la donante quería que los expresados valores fuesen exclusivamente para la donataria, y como entendía que la transmisión estaba hecha y hecha en forma legal, no creyó necesario ocuparse para nada del resguardo en sus testamentos posteriores á la donación. Pero el heredero entendió, porque así le convenía, que se trataba de una donación por causa de muerte, nula por no constar en testamento, y por tanto, que los valores pertenecían á la herencia. El Tribunal Supremo declara que, en efecto, se trata de una donación *mortis causa*, puesto que los valores no debían pasar á la donataria hasta el fallecimiento de la donante, sin que el hecho de cambiarse la forma de hacer la donación pudiese alterar su carácter, porque de otro modo la diferencia entre las donaciones entre vivos y por causa de muerte, no estaría fundada en sus efectos como quiere la ley y dispone el artículo 620 del Código, sino en su forma ó manera de hacerla, y

como consecuencia, anuló la donación y regaló los valores al heredero.

Si la cuestión hubiese surgido entre la donante y la donataria por revocar aquélla á su arbitrio la donación, y sostener ésta su irrevocabilidad, es probable que el mismo Tribunal Snpremo hubiese entendido que, aunque fijada la fecha del fallecimiento para el pago del capital del resguardo, la entrega de éste en el acto de la donación y lo absoluto de la disposición á plazo cierto, sin reserva alguna de revocar, indicaba bien claramente la existencia de una donación entre vivos siendo la irrevocabilidad su carácter distintivo, y la prueba de los efectos del acto durante la vida del donante.

La revocabilidad ó irrevocabilidad del acto es, sin duda alguna, el carácter esencial que distingue las disposiciones entre vivos de las disposiciones *mortis causa*, llámense ó no donaciones, sin que el hecho de fijarse como plazo ó condición la muerte del disponente pueda cambiar su verdadero carácter. Ahora bien; el hecho de entenderse revocable ó irrevocable la disposición, ha de deducirse de los actos y de la manera de obrar del interesado; por muy despreciable que sea la forma que se emplee para calificar el acto, esa forma, unida á otras circunstancias, ha de ser considerada como un poderoso elemento para la interpretación de la voluntad del disponente, y en el caso que motivó la sentencia, creemos que la voluntad resultaba bien clara.

Según la Resolución de la Dirección de los Registros de 16 de Mayo de 1908, las donaciones hechas en Vizcaya en favor de una hija, con apartamiento de los demás descendientes, son válidas en forma de contrato, sin que deban exigirse las solemnidades del testamento, debiendo reputarse donaciones entre vivos, ya por no supeditarse su efectos á la muerte del donante, ya por mediar aceptación.

Códigos extranjeros.—Según el art. 893 del Código de Napoleón, nadie puede disponer de sus bienes á título gratuito, más que por donación entre vivos y por testamento. Concuerda, además. el art. 620 de nuestro Código con el 1457 del Código de

Portugal, el 744 del de Guatemala, 2720 del de Méjico, 1311 y 1312 del de Veracruz, etc.

La disposición del art. 621 es también aceptada en los Códigos extranjeros.

ARTÍCULO 622

Las donaciones con causa onerosa, se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.

Hemos dicho en el comenterio del art. 619 lo que debe entenderse por donaciones con causa onerosa y remuneratorias en general.

En cuanto á las primeras, el Código, en su primera edición, decía: *Las que impropiamente se llaman donaciones á título oneroso*, lo cual revela bien á las claras que no las considera verdaderas donaciones, y de aquí que se rijan *en todo* por las reglas de los contratos, y queden eliminadas de nuestro estudio.

Al referirse el art. 622 á las donaciones remuneratorias, solamente se ocupa de aquellas por las que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Estos actos tienen una doble naturaleza: en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto, son verdaderas donaciones y han de regirse, como dice el art. 622 en relación con el 621; 1.°, por los artículos 623 al 656; 2.°, por las disposiciones generales de los contratos. Y en la parte equivalente al gravamen, se regirán por las reglas generales de las obligaciones, como en las llamadas donaciones por causa onerosa.

Esto en cuanto á las relaciones entre el donante y la persona que sufre el gravamen. Mas si éste se constituye á favor de tercero y por su naturaleza envuelve una verdadera donación, las relaciones entre el donante y el tercero serán, por regla general, las que se determinan en el presente título.

Mas, ¿qué reglas aplicaremos á las donaciones que se hacen

á una persona por los servicios prestados al donante que no constituyan deudas exigibles? No está clara en el Código la solución, pues podría aplicárseles el art. 620, como caso excluído del 622, ó la segunda parte de este artículo, por tratarse de donaciones remuneratorias. La naturaleza de estas donaciones aconseja la última solución, porque en realidad existe algo equivalente á lo que se da, y la revocación del acto no siempre sería justa. Sólo en la parte en que exceda lo donado de una equitativa remuneración del servicio recibido, podrán aplicarse en principio las reglas especiales sobre revocación de donaciones.

Por lo demás, hay que tener presente una cosa. Esa distinción dentro de un mismo acto entre lo que exceda de determinada cantidad y lo que no llegue á ella, se relaciona más inmediatamente con los efectos propios de ese acto, que con la forma del mismo ó la capacidad. De aquí el precepto especial del artículo 626 y la imposibilidad de que un solo acto revista dos formas. Prescindiendo de las llamadas donaciones á título oneroso y *mortis causa,* todas las demás sólo pueden hacerse en una forma: la que marcan los artículos 632 y 633.

Las donaciones por razón de matrimonio se rigen por los artículos 1325 al 1337, en primer término, y en su defecto, por las del título que nos ocupa (1328).

La dote constituída antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio, se regirá, en todo lo que no esté determinado en el capítulo de la dote, por las reglas de las donaciones hechas por razón del mismo. La dote constituída con posterioridad, se regirá por las reglas de las donaciones comunes (art. 1339).

Códigos extranjeros —Concuerda el art. 622 de nuestro Código con el 1455 del Código de Portugal, 2718 del de Méjico, 1827 del de la República Argentina, 1051 del de Italia, etc. Si la equivalencia entre el valor de una cosa y su precio no es exacta, se considera donado el exceso en la mayoría de los códigos americanos.

ARTÍCULO 623

La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.

«La razón enseña, como dice Troplong, que el que dona no puede obligar al donatario á recibir una cosa contra su voluntad, y que aun el mismo donante comprende que los bienes no salen de su poder sino á condición de que el donatario quiera aceptar el favor. De aquí la regla conocida: *Non potets liberalitas nolenti adquiri.*»

Es, pues, de esencia la aceptación en las donaciones, y así se ha entendido siempre; pero hasta el pueblo romano, tan amante del formalismo jurídico, llegó á admitir la aceptación tácita, considerando, con sobrada razón, que cuando el donatario entra en posesión de los bienes donados, demuestra claramente que acepta la donación.

El Código francés, siguiendo la doctrina de la ordenanza de 1731, exigió la aceptación expresa, y este principio, que domina en la generalidad de los Códigos, ha sido trasladado al nuestro, como veremos oportunamente.

Sabíamos por el art. 618 que es de esencia en la donación que sea aceptada. El art. 623 dice algo más, pues, según él, la donación no se perfecciona hasta el momento en que el donante *conoce* la aceptación del donatario.

Supone desde luego el art. 623 que la aceptación puede hacerse con posterioridad al ofrecimiento; digámoslo así, de la donación. Admitido esto, nada más natural que exigir que dicha aceptación sea puesta en conocimiento del donante, que éste sepa que se admite el favor que pretende hacer. Mas, ¿cuál será el momento en que se perfeccione la donación? El art. 623 dice, que aquel en que el donante conozca la aceptación. La perfección supone una relación jurídica exigible: el donante ya no puede arrepentirse, puede ser compelido á cumplir su ofrecimiento ó entregar los objetos que quiso donar. Pero hay otro artículo en

el mismo Código y título, el 629, que al menos aparentemente, parece decir otra cosa distinta que el 623. «La donación no obliga al donante ni produce efecto sino desde la aceptación.» Al examinar el art. 629, procuraremos aclarar esa aparente contradicción ó dar á conocer la idea que debe prevalecer. Aquí nos limitaremos á lo expuesto.

¿A qué donaciones se aplica el art. 623?—Suscitan esta cuestión los comentaristas, porque colocado dicho artículo en el capítulo 1.º entre las ideas generales, creen que debería extenderse á toda clase de donaciones, incluso las que producen sus efectos por muerte del donante, y de esto resultaría un absurdo, porque es imposible que el donante después de muerto llegue á conocer la aceptación del donatario.

La duda no tiene fundamento, á nuestro juicio. El capítulo 1.º trata de la naturaleza de las donaciones, y para fijarla, el Código elimina desde luego lo que no quiere que en lo sucesivo se considere donación ó se rija por las reglas de ésta, aun cuando las partes le den ese nombre. El art. 620 excluye en absoluto todas las donaciones que han de producir sus efectos por muerte del donante, y debiendo seguir *en todo* las disposiciones referentes á la sucesión testamentaria, es evidente que no rige para ellas el art. 623, que no se conforma con esas disposiciones. El primer párrafo del art. 622 excluye á su vez las llamadas donaciones con causa onerosa, y como en ellas se siguen *en todo* las reglas de los contratos, es claro que tampoco les alcanza el precepto del art. 623. Aun si el epígrafe del capítulo 2.º hablase ya de donaciones *entre vivos* nada más, podría justificarse algo la duda; pero no es así: el capítulo 2.º, como el 1.º, sigue hablando de donaciones en general, y si los artículos que en él se comprenden no se aplican á las donaciones que producen sus efectos por muerte del donante, no hay razón para suponer una cosa distinta respecto al 623.

El desenvolvimiento del precepto de este artículo se halla en los 629 á 633.

***

«Las donaciones *inter vivos* de bienes *inmuebles* y derechos reales satisfarán el impuesto según el grado de parentesco entre el donante y el donatario, y por los mismos tipos que para las sucesiones por causa de muerte se establecen en el artículo siguiente. Las donaciones de bienes muebles, de cualquier clase que sean, pagarán el 2 por 100, exceptuando las efectuadas entre ascendientes y descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio» (que satisfacen el 1,40 por 100.)—Artículo 20 del Reglamento del impuesto de derechos reales.

Las donaciones de bienes inmuebles deben inscribirse en el Registro de la propiedad.

CAPÍTULO II

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN HACER Ó RECIBIR DONACIONES

ARTÍCULO 624

Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes.

Para que la donación sea eficaz, es necesario que el donante tenga capacidad para disponer y el donatario capacidad para recibir, siendo muy distintas las reglas aplicables á uno y otro en el caso de la donación.

La capacidad para disponer se llama activa. La capacidad para recibir, pasiva. De la primera se ocupa el art. 624. Á la segunda se refieren los artículos 625 al 627.

Para poder hacer donación exige el art. 624: 1.°, capacidad para contratar; 2.°, capacidad para disponer de sus bienes.

1.° *Capacidad para contratar.*—No pueden prestar consentimiento, ni, por tanto, contratar, con arreglo al art. 1263: 1.°, los menores no emancipados; 2.°, los locos ó dementes y los sordomudos que no sepan leer ni escribir; 3.°, las mujeres casadas, en los casos expresados por la ley.

Además, es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación ó dolo, como veremos al comentar los artículos 1265 al 1270.

Pero las incapacidades del art. 1263 están sujetas, al efecto de contratar, como dice el art. 1264, á las modificaciones que la ley determina. Así, por ejemplo, la mujer casada puede en ciertos casos contratar por sí sola (artículos 62, 63, 1436 y 1441 al 1443), y siempre, salvo casos de prohibición especial, con licencia de su marido.

2.° *Capacidad para disponer de sus bienes.*—Se entiende para disponer por actos entre vivos, prescindiendo de las donaciones *mortis causa.*

Si sólo atendiésemos á las reglas expuestas, tendríamos una idea equivocada de la capacidad para donar. El art. 624 exige además que el donante pueda disponer de sus bienes ó enajenar, y es que hay, en efecto, personas que pueden contratar y no pueden, sin embargo, disponer de sus bienes.

Los menores emancipados pueden contratar (art. 1263); sin embargo, no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles sin el consentimiento de sus padres, su madre ó su tutor (artículos 59 y 317). La misma regla es aplicable aun al menor no emancipado que no vive en compañía de su padre, en el caso del art. 160.

A su vez, la mujer casada puede contratar en ciertos casos. Sin embargo, el art. 1444 limita su capacidad para enajenar.

Pero ¿deduciremos de aquí que el menor emancipado y la mujer casada no pueden donar en absoluto? La donación es una enajenación, y pueden, por tanto, donar esas personas bienes muebles y aun inmuebles, siempre que se cumplan las formalidades legales ó se supla la falta de capacidad de obrar.

Aun hay un caso en que la mujer puede donar libremente sus bienes propios, aunque sean inmuebles: cuando sea administradora de los bienes de su marido ausente (art. 189 del Código).

El marido, no puede, por regla general, donar bienes de la

sociedad de gananciales (art. 1413); pero sí podrán hacerlo ambos cónyuges.

Los menores no sujetos á la patria potestad, los locos, dementes y sordomudos, los que sufren la pena de interdicción civil, y los declarados pródigos, no pueden disponer de sus bienes por sí mismos, ni, por tanto, donar. ¿Podrán hacerlo en su nombre sus tutores? El art. 275 está terminante: «Se prohibe á los tutores: 1.º, donar ó renunciar cosas ó derechos pertenecientes al menor ó incapacitado». Los bienes de esas personas no pueden, pues, donarse en modo alguno.

Respecto de los menores sujetos á la patria potestad, no existe una prohibición análoga. Ellos, indudablemente, no pueden donar. Tampoco pueden hacerlo sus padres, tratándose de bienes inmuebles ó derechos reales sobre los mismos, porque no es dable justificar la necesidad ó la utilidad que al hijo reporte la donación, requisito indispensable, según el art. 164 Si los bienes son muebles, constarán en inventario (artículos 163 y 491), respondiendo de ellos los padres, y aun los valores moviliaros del hijo (metálico, efectos públicos, alhajas, etc.) podrán ser depositados. La prohibición de donar se impone, por lo tanto, á pesar de no existir precepto análogo al del art. 275, núm. 1.º Así lo establece la sentencia de 28 de Noviembre de 1892, que declara nula una donación hecha por el padre con bienes de sus hijos menores.

El quebrado queda privado de la administración de sus bienes (art. 878 del Código de Comercio).

Respecto al concursado, dicen autores distinguidos, que hay que aplicarle el art. 878 del Código de Comercio, por analogía, «aunque *no existe* disposición expresa que lo declare incapacitado para administrar sus bienes». Esta afirmación parte, sin duda, de un error. El art. 1914 del Código civil no puede estar más claro sobre el particular: «La declaración de concurso *incapacita al concursado* para la administración de sus bienes y para cualquiera otra que por la ley le corresponda».

Pueden donar la Iglesia y las Corporaciones religiosas; pue-

den donar los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, si bien sujetándose á las formalidades legales para toda enajenación. Estas formalidades, unidas al deber que tienen dichos Ayuntamientos y Diputaciones de cuidar y conservar los bienes y derechos cuya administración les está encomendada, hará, no obstante, difícil en la práctica, la realización de ese derecho (véase la sentencia de 23 de Junio de 1885).

Los establecimientos de instrucción y beneficencia se rigen por sus leyes especiales, según el art. 38, y de ellas parece desprenderse que, por regla general, no pueden donar bienes inmuebles, pues sólo conservan los necesarios á los fines de su instituto, y si bien pueden enajenar los demás que adquieran, ha de ser obteniendo un equivalente para invertirlo en inscripciones intransferibles de la Deuda.

Excepciones.—Tenemos, en primer lugar, el art. 1329: «Los menores de edad pueden hacer donaciones en su contrato antenupcial, siempre que las autoricen las personas que han de dar su consentimiento para contraer matrimonio», cuya disposición aparece confirmada en el art. 275.

Según el art. 1415, párrafo segundo, el marido podrá, por sí solo, hacer donaciones moderadas de bienes de la sociedad conyugal para objetos de piedad y beneficencia, pero sin reservarse el usufructo. Igual facultad corresponderá á la mujer, cuando á ella se le transfiera la administración de dichos bienes con arreglo á la ley.

La misma mujer puede donar libremente sus bienes propios, en el caso del art. 188.

¿En qué época debe tener capacidad el donante?—Cuando el ofrecimiento y la aceptación de la donación sean simultáneos, no puede haber cuestión. Si la aceptación se hace algún tiempo después, opina Troplong, que también en ese momento ha de tener capacidad el donante, porque entonces es cuando existe el concurso de las dos voluntades, sin cuyo requisito no existe donación. No parece tan anómala esta solución, que exige capacidad en los dos tiempos, porque las reglas subsidiarias de las do-

naciones son las de los contratos y no las de las sucesiones. Apliquemos la cuestión á un caso particular: A. dona ú ofrece con plena capacidad una casa á B., sin que éste acepte en el acto. Á los dos meses se presenta A. en concurso, y declarado ya éste, B. se apresura á aceptar. La donación no existía aún hasta este momento. A. no estaba obligado (art. 629); los terceros no pueden ser perjudicados por un acto que legalmente no existía, la falta de capacidad de A. en el momento de la aceptación determina la nulidad de la donación. Luego debe admitirse la necesidad de la capacidad del donante en las dos épocas citadas, la del ofrecimiento y la de la aceptación.

Téngase presente que para el donante no existe la aceptación mientras no la conoce, y, por tanto, que respecto á él, el momento de la aceptación es el de la notificación, como veremos al ocuparnos del art. 629.

Dominio sobre los bienes donados.—No basta la capacidad para donar si el donante no es dueño de los bienes. El simple poseedor á título de dueño, como dueño aparente, puede ciertamente donar; pero no adquirirá eficacia la donación si no llega á adquirirse por prescripción la cosa ó el derecho donado.

Las cosas ajenas no pueden donarse por carecer de dominio sobre ellas el que pretendiera disponer (sentencias de 28 de Enero de 1886 y 27 de Septiembre de 1865).

El que tenga un derecho resoluble ó condicional, sólo podrá donar el derecho en la misma forma que le corresponde

Donación por poder.—Equiparando la donación al testamento, ha estimado algún Registrador que encierra un acto personalísimo al que debe ser aplicable el precepto del art. 670. No encontramos razón alguna para esta solución. La ley, en los artículos que examinamos, se refiere á las donaciones entre vivos, y éstas, según el 621, se rigen por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo no determinado expresamente en el título que se ocupa de las donaciones.

Nada impide, por lo tanto, que done un apoderado teniendo al efecto poder especial para ello del donante, y así lo declara

expresamente la Resolución de la Dirección general de los Registros de 5 de Agosto de 1907.

Códigos extranjeros.—El Código de Napoleón estudia unidas la capacidad para donar y para hacer testamento. Las incapacidades activas son, según este Código: 1.º, la falta de voluntad, que comprende la locura, la demencia, la imbecilidad, la violencia y el temor, el dolo y el fraude, la captación, la sugestión y aun el error; 2.º, la menor edad; 3.º, el estado de la mujer casada; 4.º, la condena á una pena aflictiva perpetua; 5.º, la prodigalidad (artículos 901 al 905).

El Código italiano, art. 1052, admite con capacidad para donar á todo el que puede hacer testamento. Exceptúanse, no obstante, los que sufren la pena de interdicción, los inhabilitados, los menores de edad y la mujer casada, sin la licencia marital (1) (artículos 1053 y 1054).

Los demás Códigos sientan, por regla general, un principio semejante al del nuestro. Concuerda éste en el artículo que examinamos con el 1476 del Código de Portugal, 1804 del de la República Argentina, 2752 del de Méjico, 1388 del de Chile, etc.

ARTÍCULO 625

Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello.

ARTÍCULO 626

Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes.

ARTÍCULO 627

Las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento.

---

(1) *Instituzione di diritto civile italiano,* por G. P. Chironi.

El art. 625 no trata de la capacidad para ser donatario, sino de la capacidad para aceptar donaciones. Mas como luego el artículo 628 habla de donaciones *hechas* á personas inhábiles, preciso será separar una cosa y otra.

I.—Capacidad para ser donatario

El Código se preocupa sólo de la aceptación, porque es la que imprime formalidad al acto, suponiendo sabido que en principio toda persona tiene facultad para ser sujeto en una relación de derecho (*capacidad jurídica*), aunque no tenga, por determinadas circunstancias, el poder de realizar actos jurídicos eficaces (*capacidad de obrar*).

Mas del reconocimiento de esta verdad se deduce una primera consecuencia: donde no hay persona, no puede haber derecho ni capacidad. Fundado en esto, establece el art. 745 que son incapaces de suceder por testamento: «1.º, las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reunan las circunstancias expresadas en el art. 30; 2.º, las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley».

Este artículo es aplicable á las donaciones. También lo es el siguiente (746), según el cual, las «Iglesias y los Cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley, y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento, con sujeción á lo dispuesto en el art. 38».

El mismo efecto que la falta de persona, produce la imposibilidad d determinar cuál sea; de aquí que sea nula la disposición hecha en favor de una persona incierta, á menos que por algún evento pueda resultar cierta (art. 750, también aplicable á las donaciones).

La capacidad para ser donatario no tiene en absoluto más limitaciones que las expresadas. Pueden ser, por lo tanto, en prin-

cipio donatarios, todas las personas, lo mismo físicas que jurídicas.

Mas, revisando el Código, encontramos otros artículos que establecen una incapacidad relativa. Tales son los 1334 y 1335.

«Art. 1334. Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia.

»Art. 1335. Será nula toda donación hecha durante el matrimonio por uno de los cónyuges á los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, ó á las personas de quien sea heredero presunto al tiempo de la donación.».

Véase también, en armonía con el art. 1334, y aun con más alcance, el núm. 2.° del art. 50.

No encontramos claramente consignada ninguna otra incapacidad relativa. Sin embargo, es tal la relación entre las sucesiones y la donación, respecto al adquirente que algunos Códigos, como el francés, el belga y el italiano, establecen la regla de que pueden adquirir por donación los que pueden adquirir por testamento.

Aplaudimos desde luego que pueda donarse á los hijos ilegítimos. No han de ser de peor condición que un extraño.

¿En qué época ha de ser capaz el donatario?—Basta que lo sea en el momento de la aceptación. El ofrecimiento de donación hecho á una asociación no permitida por la ley, será eficaz si dicha asociación, después de ponerse en condiciones legales, después de constituir una verdadera persona jurídica, acepta. Otro caso veremos en las donaciones hechas á los no nacidos, cuando examinemos el art. 627.

II.—Capacidad para aceptar donaciones

Siendo la aceptación un modo de prestar el consentimiento, y teniendo presente el art. 621, puede deducirse que, por regla general, los que no pueden prestar consentimiento (art. 1263),

no pueden aceptar; y que ese consentimiento será también viciado por error, violencia ó dolo (art. 1264).

Esta es la regla general; pero los arts. 626 y 627 establecen importantes excepciones.

Donaciones simples ó remuneratorias de servicios ya prestados.—Siempre que el favorecido por la donación no quede obligado á nada, puede aceptar por sí mismo las donaciones, aunque no pueda, con arreglo al art. 1263, prestar consentimiento. Así se deduce con toda claridad del art. 626.

Pero para ello se necesita posibilidad. Enhorabuena que la mujer casada acepte sin licencia de su marido, y el hijo ó el menor que ya tiene razón, sin autorización de sus padres ó de su tutor. Pase también que, tratándose de cosas muebles, la entrega y el recibimiento simultáneo del objeto donado envuelva aceptación, aun tratándose de un niño ó de un loco. Pero ¿cómo va aceptar por escrito; cómo va á admitir el notario en una escritura de donación de inmuebles, la manifestación imposible del consentimiento, la aceptación absurda hecha por un demente ó una criatura que no sabe hablar? El precepto legal ha de aplicarse racionalmente: cuando la aceptación no pueden hacerla por sí los mismos donatarios, las donaciones, sean simples ó condicionales, deben ser aceptadas por sus legítimos representantes, con arreglo al espíritu del art. 627. Así viene á reconocerlo ó á admitirlo como verdad de sentido común el art. 631. Lo contrario sería reducir la aceptación á un trámite tan inútil como ridículo, y no es ciertamente ese el espíritu que domina en el Código respecto á esta materia.

Donaciones condicionales y onerosas.—Estas donaciones también se aceptan por los mismos donatarios (cuando sea posible), pero con intervención ó asistencia de sus representantes legítimos.

El art. 626, al exigir la intervención del donatario y de las personas que le representen legítimamente, ¿prohibe que estas personas puedan por sí solas aceptar la donación?

Por regla general, sí; pero si se tratase de personas que no

pudieran en absoluto, conforme á lo dicho, aceptar por sí, siendo como es indispensable la aceptación, aunque los incapacitados intervengan, la manifestación de aceptar puede hacerse por sus respectivos legítimos representantes, lo cual es conforme al espíritu del art. 627. Es más: cuando se trata de personas jurídicas, su intervención tampoco es posible. En estos casos, por analogía, hay que tener presente el art. 993, según el cual, los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones capaces de adquirir, podrán aceptar la herencia que á las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público.

¿Qué alcance debemos dar al art. 269, núm. 10, con arreglo al cual, el tutor necesita autorización del consejo de familia para repudiar herencias ó donaciones? Parece deducirse de este precepto que los tutores pueden aceptar por sí las donaciones sin autorización del consejo de familia; pero relacionando el art. 269 con el 626, no existe contradicción. Ni el art. 269 ni otro alguno, en la materia de tutelas, se ocupan de la *aceptación* de donaciones. Estas se aceptan, según el art. 626 y como regla general, ó sólo por los mismos incapacitados, ó por ellos con intervención ó asistencia de sus representantes legítimos. Pero el tutor puede creer perjudicial la donación por el menor ó incapacitado, y negarse á intervenir; en este caso se aplicará el art. 269: para *rechazar* la donación se necesitará la autorización del consejo de familia, trátese de una donación simple ó condicional.

Respecto á los padres no existe ninguna limitación, y creemos que podrán rechazar la donación, si observan que la donación condicional ú onerosa puede perjudicar en vez de favorecer á su hijo donatario. A pesar del precepto del art. 993, que exige aprobación judicial en tales casos respecto á las corporaciones, y del 269, que la exige del consejo de familia, respecto á los incapacitados, nos parece violento equiparar la repudiación de una donación á la enajenación de bienes inmuebles de los hijos, no existiendo precepto expreso en cuanto á los padres.

La Real orden de 7 de Octubre de 1893 autoriza al Director

de Administración para recibir cantidades donadas á establecimientos de beneficencia en general, vender los títulos y aplicar ó distribuir su importe.

La aceptación hecha por personas incapaces no tiene valor alguno, pues no llega á existir verdadera donación.

Donaciones á los concebidos y no nacidos.—El concebido y no nacido no puede consentir ni aceptar. El art. 627 autoriza para que en su nombre acepten la donación las personas que legítimamente las representarían si se hubiese verificado ya su nacimiento. Se funda este principio en la regla del art. 29, y lleva consigo la condición de que nazca con figura humana, y viva venticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (1).

Como no existe donación hasta que esté aceptada, nada impide que se ofrezca donar á un ser que todavía no exista, ni se halle siquiera concebido; por ejemplo: el primer hijo varón ó hembra que nazca de determinado matrimonio; hasta la aceptación, puede cambiar el donante de voluntad. Ahora bien: para esa aceptación será preciso que esté ya concebido el ser á quien se dona.

Por lo demás, importa poco que la donación sea condicional ú onerosa, pues el artículo no distingue.

Navarra.—La sentencia de 5 de Julio de 1889 declara que, con arreglo á la ley 3.ª, tít. 7.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación, de Navarra, «la donación hecha en contratos matrimoniales ó en otros contratos entre vivos á favor de criaturas ú otras personas ausentes *que están por nacer*, no se puede revocar en perjuicio de ellas, aunque no haya estipulación, y tales criaturas ó personas tienen derecho irrevocablemente adquirido para el tiempo en que fueron llamados, como si se hallasen presentes, y expresamente aceptaran la donación».

Códigos extranjeros.—Las incapacidades para recibir por donación son las mismas que para recibir por testamento en los

---

(1) Claro es que si el nacimiento no se verifica, la donación queda sin efecto por falta de persona sujeta del derecho.

Códigos francés, belga é italiano. Los arts. 625 á 627 de nuestro Código concuerdan con los 902, 934, 935 y 906 de los Códigos de Francia y Bélgica, respectivamente; 1052, 1053 y 1059 del Código de Italia; 1477 y 1179 del de Portugal; 1804 y 1808 del de la República Argentina; 718 y 722 del de Guatemala; 2046 al 2748 de los de Méjico y Campeche, etc.

Domina una idea contraria á la de nuestro art. 626 respecto á las donaciones simples. Por las personas que no pueden consentir, han de aceptar la donación sus representantes legítimos, hasta el punto de que en las donaciones hechas por los padres á sus hijos, se requiere en Francia, por ejemplo, la intervención de un tutor especial para aceptar. En nuestro país pueden presentarse casos en que sea necesaria la asistencia del defensor judicial.

ARTÍCULO 628

Las donaciones hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta.

Habla este art. 628 de personas inhábiles, y se refiere á aquellas á quienes no puede hacerse donación, á aquellas á quienes la ley prohibe recibir en concepto de donatarios. Si se refiriese á las personas inhabiles para aceptar (que son á las que aluden los arts. 625 al 627), diría: «Las donaciones aceptadas por personas inhábiles», no «las donaciones hechas». Y aunque en realidad no hay donación mientras no esté aceptada, el espíritu del artículo es claro, y la inhabilidad para aceptar donaciones no hay necesidad ni ocurre nunca que se encubra bajo apariencia de otro contrato, porque cualquier otro contrato requeriría las mismas ó más condiciones de capacidad para consentir.

El art. 628 repite en otra forma lo mismo que el 755 en las sucesiones. Creemos, con otros autores, que existe la omisión de una *ó*, y que el art. 628, como el 755, quiere decir: «Bajo la for-

ma de otro contrato ó por persona interpuesta.» Así se expresa también en otros Códigos.

En efecto; la ley quiere evitar que se disfrace la intención de las partes, y que para donar á una persona inhábil ó incapaz se simule un contrato oneroso ó se haga donación á un tercero, donatario nominal, que después entregue los bienes al incapaz, burlando los preceptos legales. A este fin se declara nulo el acto ó contrato simulado.

Pocas son las personas que pueden considerarse inhábiles, como hicimos observar al comentar los arts. 625 á 627. El caso más frecuente se refiere á los cónyuges, entre los cuales también está prohibida la compraventa. Sin embargo, todo reconocimiento de deuda hecho por el marido á favor de la mujer, por dote confesada ó por otro análogo concepto, puede encubrir una verdadera donación. Además, todo contrato oneroso celebrado por un cónyuge con los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, y toda donación que se haga á los abuelos de esos hijos ó al cónyuge de cualquiera de ellos, son actos sospechosos. Pero la ley obra con acierto al no admitir ninguna presunción de derecho contra esos actos; mucho representan en sí, mas no tanto que no necesiten prueba. Aquel que sostenga la nulidad, debe probar la simulación.

Por desgracia, el mal es difícil de evitar. Apreciando las pruebas en relación con las circunstancias especiales del hecho, y por ellas la intención de las partes, debe declararse el acto nulo por los Tribunales. ¿Quién puede pedir la nulidad? ¿Dentro de qué término? En el silencio de la ley hay que acudir á las reglas de los contratos. El Código trata de la nulidad de éstos en los arts. 1300 al 1314, á cuyo comentario nos remitimos.

Como la cuestión tiene más importancia tratándose de las sucesiones, por ser actos más frecuentes y existir más casos de incapacidad, en el comentario del art. 755 explanaremos las ideas expuestas.

Códigos extranjeros.—Concuerda el art. 628 de nuestro Códi-

go con el 1481 del Código de Portugal, 958 del de Holanda y 1053 del de Italia. En los 911 de los de Francia y Bélgica, 2750 y 2751 del Código de Méjico, y 2632 del de la Baja California, se reputan desde luego como personas intermedias los ascendientes, los descendientes y los cónyuges de los incapaces, entendiéndose que en tal caso la ley considera el acto simulado, á no probarse lo contrario.

ARTÍCULO 629

La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación.

La aceptación reviste excepcional importancia en las donaciones. De ella tratan los arts. 623, 625 al 627 y 629 al 633. Hemos visto las personas que pueden aceptar donaciones. El presente artículo se refiere á la necesidad y efectos de la aceptación.

El precepto del art. 629 es claro. Como dice Navarro Amandi, si no existiese más precepto que éste, el donante quedaría obligado, no podría ya revocar por su voluntad la donación desde el momento en que fuese aceptada. Pero la disposición del artículo 623 también es clara, y según ella el donante puede por su voluntad revocar la donación, aun después de aceptada, siempre que lo haga antes de conocer la aceptación.

Relación entre los arts. 623 y 629.—Los comentaristas están conformes en que los arts. 623 y 629 son contradictorios. Así parece á primera vista, pero cabe armonizarlos. ¿Qué solución deberá adoptarse? A nuestro juicio, no es posible duda alguna: la del 623, que es la que resulta más conforme con la razón, con los demás artículos que tratan de las donaciones y con las reglas de los contratos.

Con la razón, porque la aceptación ignorada por el donante se pierde en el vacío: tiene, sí, un gran valor, como que es esencial en las donaciones; pero no debe dejarse la posibilidad de que quede ignorada por el donante. La donación no produce

efectos si no ha sido aceptada: luego el donante puede antes revocarla; pero ¿hasta cuando tiene esa facultad? Si se admite el momento de la aceptación aun ignorada por el donante, éste queda en tal incertidumbre que, ni aun en caso de necesidad, puede disponer de lo donado, porque no sabe si ha intervenido la aceptación, ni, por tanto, si será eficaz su disposición. Nadie querrá, por lo mismo, contratar con él. Para tener seguridad en su derecho, necesario es fijar un momento cierto, antes del cual sepa el donante que dispone de lo suyo, después del cual sepa también que lo que quiso donar ya no le pertenece. Ese momento tiene que ser aquel en que conozca la aceptación de la donación.

Así lo comprueba también el art. 631: es obligatoria la *notificación* de la aceptación al donante; y el 633: ha de notificarse la aceptación en forma auténtica, y el 632, según el cual sólo es válida la donación verbal en las cosas muebles cuando la entrega y el recibo de la cosa son simultáneos. Así lo confirma también el art. 1262, referente á los contratos: «El consentimiento, dice, se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó á su conocimiento.»

La aceptación puede hacerse en el mismo escrito, en la misma escritura ó en el mismo acto que la donación, y puede hacerse después, como expresa el art. 633. ¿Se hace en el mismo acto?, pues queda obligado el donante desde la aceptación. ¿Se hace después?, pues sólo queda obligado desde que se le notifica la aceptación. Luego la regla general es la del art. 623, que justamente entre las reglas generales de la donación se encuentra. Cuando el donante *conoce* la aceptación (en el mismo acto ó después, según los casos), queda obligado, queda perfecta la donación.

Para armonizar los arts. 623 y 629, hay que partir, por lo tanto, de un supuesto racional y lógico: *la aceptación no existe para el donante mientras no la conoce*. Queda obligado desde la

aceptación, como dice el art. 629; pero desde la aceptación en cuanto existe para él, en cuanto la conoce, como dice el art. 623.

Respecto al donatario, el caso es distinto, porque conoce la aceptación en cuanto la hace, y desde ese momento queda obligado.

¿Qué consecuencias se desprenden de lo expuesto? Que no hay obligación alguna de entregar los bienes donados hasta que la donación se acepte y la aceptación sea conocida por el donante; que éste sigue hasta ese momento siendo dueño de los bienes, y puede enajenarlos y puede gravarlos; y si los enajena, se entiende revocada la donación, y si los grava, pasarán al donatario con el gravamen impuesto. Pero si la voluntad del donante no ha variado, ¿desde cuándo pertenecerán los frutos de los bienes donados al donatario? ¿Desde la donación ú ofrecimiento, desde la aceptación, ó desde la notificación de ésta, en su caso? Si el acto no se perfecciona hasta que el donante conoce la aceptación, si hasta entonces no queda éste obligado, ni la donación produce efectos, claro es que hasta ese momento los frutos son del donante. El acreedor sólo tiene derecho á los frutos de la cosa, como dice el art. 1095, desde que nace la obligación de entregarla.

Hecha la donación á dos personas y aceptada solamente por una de ellas, sólo respecto al aceptante queda perfecta la donación, salvo el caso en que la donación fuese hecha *in solidum*, pues entonces bastaría la aceptación por un solo donatario.

La donación no aceptada no es inscribible, pues no impone al donante limitación alguna en sus derechos dominicales.

¿*Puede rechazarse la donación una vez aceptada*?—La donación existe una vez aceptada. Opina Troplong que debe distinguirse entre las donaciones simples y las condicionales ú onerosas: las primeras pueden rechazarse después de aceptadas; las otras, no; porque nadie puede librarse de las obligaciones que respecto ellas libremente contrajo al aceptar. Nuestro Código nada dice. El art. 997 expresa que la aceptación y la repudiación de herencia, una vez hechas, son irrevocables. El mismo espíritu domina

respecto á las obligaciones. No hay que olvidar que por la aceptación los bienes ó derechos donados han pasado á poder del donatario, que la donación es modo de adquirir, y cumplidas las formalidades legales hay tradición. Claro es que si la donación llevase consigo determinadas obligaciones, no puede rechazarse; pero aun siendo la donación simple, la repudiación puede hacerse en perjuicio de tercero, por ejemplo, acreedores del donatario. De aquí que creamos que solamente puede admitirse la repudiación como una nueva donación al donante, sujeta, por lo tanto, á las mismas causas de revocación ó rescisión si se hiciera en fraude de acreedores. Es, además, un derecho adquirido, cuya renuncia exige capacidad para disponer.

¿Cuándo transmite el donatario su derecho á los herederos?— Puesto que la donación no produce efectos sino desde la aceptación, hasta este momento nada adquiere el donatario. Si muere antes de aceptar, nada puede transmitir á sus herederos, que tampoco podrían aceptar la donación en nombre de aquél, atendiendo al precepto del art. 630. Pero en este caso domina el espíritu del art. 629, y no el del 623; porque la aceptación es lo esencial en las donaciones; y la notificación al donante es una formalidad introducida, en favor de éste, que hasta que conozca la aceptación puede revocar la donación. De aquí se infiere que, una vez aceptada, el donatario transmite su derecho á sus herederos, aunque muera antes de llegar á conocimiento del donante la aceptación. Puede ocurrir que el donante revoque su ofrecimiento en ese intermedio, y en tal caso, como no hay donación, nada recibirán los herederos del donatario: pero si no ha cambiado la voluntad de dicho donante, queda obligado á entregar los bienes donados á los herederos del donatario que antes de morir aceptó la donación.

Creemos esta solución la más justa y legal, por más que la separación de momentos se presta á opiniones diferentes.

Con relación á este artículo y al 623, puede verse la sentencia de 6 de Marzo de 1900, y la de 12 de Junio de 1896. A ésta nos referimos al comentar el art. 633.

Este artículo no es aplicable á las donaciones por causa de muerte. (Resolución de la Dirección de los Registros de 29 de Julio de 1904.)

Hecha la donación en escritura otorgada por un apoderado especial del donante, y aceptada en la misma por el donatario, se entiende notificada la aceptación al donante en la persona de su mandatario. (Resolución de 5 de Agosto de 1907.)

Códigos extranjeros.—La necesidad de la aceptación, al efecto de quedar desde ella perfecta la donación, es un principio reconocido por todos los Códigos. Al mismo tiempo se reconoce también que esa aceptación ha de ser notificada al donante, y que éste no queda obligado hasta que conoce la aceptación. Pueden consultarse los artículos 894 de los Códigos de Francia y Bélgica, 1057 del de Italia, 1454 del de Portugal, 1412 del de Holanda, 700 del de Guatemala, 2721 del de Méjico, 1792 y 1793 del de la República Argentina, etc.

ARTÍCULO 630

El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante.

Este artículo, como el anterior, revela la necesidad de la aceptación.

El donatario debe aceptar por sí ó por medio de persona autorizada con poder.

La donación no exige la presencia real del donatario en el acto; pero tampoco basta la aceptación de cualquiera si no presenta poder especial para aceptar la donación de que se trate, ó poder general que comprenda la facultad de aceptar donaciones, ó toda disposición de bienes, en favor del mandante.

Como se trata de un acto que ha de perjudicar á tercero, como sería anómalo considerar autorizado á cualquiera, que ó presentase una carta ó manifestase que obraba por mandato

verbal, para intervenir en acto que reviste tal importancia para el legislador, y como el art. 630 habla de *poderes* determinados y no de mandato en cualquier forma, hemos de deducir que el poder ha de constar en documento público.

El gestor de negocios ajenos, el mandatario verbal, el que presenta poder general, pero no bastante, etc., al aceptar, realizan un acto nulo. Puede después el donatario ratificar la aceptación. Esta ratificación valdrá, pero valdrá desde su fecha, y como nueva y eficaz aceptación hecha por el donatario.

Aceptación por los herederos ó los acreedores del donatario, ó con poder de éste después de su muerte —Repetimos, una vez más, que la donación no existe perfecta mientras no sea aceptada. Muerto el donatario antes de aceptar, ningún derecho transmite á sus herederos. No ocurre aquí como en la sucesión testamentaria, en la cual basta que el heredero sobreviva al causante—porque los derechos se transmiten desde el momento de la muerte (artículo 657)—para que los herederos del heredero puedan aceptar (art. 1006). Las donaciones no aceptadas al tiempo de morir el donatario, no existían aún como tales donaciones; los herederos de ese donatario, aunque acepten, nada adquieren, á no ser que el donante ratifique en favor de ellos la donación: ó no quiera revocarla. Véase la sentencia de 12 de Junio de 1896.

Por otra parte, la muerte extingue el mandato (art. 1732). Luego, con mayor motivo el apoderado que acepta después de morir el donatario realiza un acto nulo.

¿Podrán, no obstante, aceptar los acreedores del donatario viviendo éste? Desde luego que no, porque á ello se opone el artículo 631, y porque la renuncia ó no aceptación de la donación por el donatario no puede estimarse nunca hecha en fraude de esos acreedores, ya que el donatario de nada se desprende al no aceptar. Sus bienes y derechos no han sufrido alteración. No hay paridad de casos con la sucesión, en la que es distinta la solución (art. 1001).

¿*Admite excepciones el art. 630*?—Indudablemente. El art. 627 es una prueba de ello. Pero es porque los representantes legíti-

mos equivalen á los mandatarios ó apoderados. Han recibido el poder de la ley, y, como dijimos al comentar el art. 626, hay casos en que ellos deben aceptar por no ser posible otra cosa. El art. 630 se refiere á las personas que *pueden* aceptar por sí.

Repudiación de donaciones.—Se exigen los mismos requisitos marcados en el art. 630, bien que en tal caso basta no aceptar (véase también en el art. 269, núm. 10, y el 993, á los que nos referimos en el comentario del art. 625).

Códigos extranjeros.—El precepto del art. 630 es aceptado también en todos los códigos.

ARTÍCULO 631

Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el art. 633.

Este artículo estaría mejor colocado después del 633, ó formando parte del mismo.

¿Quiénes son las personas que no pueden aceptar por sí? Desde luego, el concebido y no nacido. Pero este sólo caso no merecía la pena de la disposición del art. 631, tan natural entonces, que habría en todo caso de sobreentenderse. No hay inconveniente en relacionar este artículo con el anterior y admitir que los apoderados tienen obligación también de procurar la notificación. Pero no es esto sólo; el art. 631 quiere decir ó significa algo más, cuando habla de personas que *no puedan* aceptar por sí.

Ya dijimos al comentar el art. 626, que la disposición de éste partía de un supuesto imprescindible; la posibilidad de hacerse la aceptación por el donatario, sólo ó asistido de sus legítimos representantes. Y así lo confirma el art. 631. Cuando no existe esa posibilidad, no hay caso; lo que es imposible no puede ser. ¿Cómo va un loco á procurar la notificación? Su tutor será el obligado. ¿Cómo el recién nacido va á comunicar al donante que

ha aceptado? Su padre lo hará por él. En nombre de las personas jurídicas, ¿quién, si no sus representantes legítimos, pueden aceptar y llenar los deberes del art. 631?

Más aún que eso. Nosotros sostenemos que todavía es más amplio el espíritu del artículo; que siendo la notificación al donante un acto de tanto interés para el menor, el incapacitado ó las personas morales, aquellos que legítimamente los representan tienen el deber de velar por sus intereses y están siempre obligados á procurar esa notificación y aceptación de que habla el art. 631.

Es evidente que este artículo carece de aplicación, como todos los que de la notificación se ocupan, cuando la aceptación y la oferta son simultáneas.

Si por la omisión del precepto se causan perjuicios al donatario, deben indemnizarse por las personas obligadas á procurar la notificación. Así lo preceptuaba expresamente el art. 951 del proyecto de Código de 1851; añadiendo que, por negligencia de los obligados en primer término, podían por sí mismas procurar la notificación las personas impedidas de aceptar. Esto, cuando sea posible, es también hoy indudable.

ARTÍCULO 632

La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente ó por escrito.

La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación.

ARTÍCULO 633

Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

La aceptación podrá hacerse en la misma escritura

de donación ó en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras.

Tratan estos artículos de la forma de la donación, y suplen respecto á este modo de adquirir el requisito de la tradición, que de un modo análogo habría de resolverse según las reglas generales de los contratos admitidas como supletorias. El proyecto de Código de 1851 exigía escritura pública en todo caso. El Código vigente distingue la donación de bienes inmuebles y la de bienes muebles.

I.—Donación de inmuebles

En la donación de inmuebles se comprenden también los derechos reales sobre los mismos.

Insinuación.—En el derecho anterior, las donaciones seguían las reglas de los contratos. No puede afirmarse con certeza que se exigiera como necesaria la escritura pública, salvo al efecto de la inscripción en el Registro de la propiedad. La única formalidad consistía en la *insinuación*, y ésta constituía un requisito indispensable, lo mismo tratándose de bienes inmuebles que de bienes muebles, siempre que el valor de lo donado excediese de 500 maravedís de oro (7.582 reales, según unos; 25.600, según otros; 30.037 reales, con arreglo á otra opinión).

Declara la sentencia de 30 de Abril de 1875, que la prueba de la equivalencia de los 500 maravedis de oro, corresponde á los tribunales; deduciéndose de otra sentencia fecha 14 de Diciembre de 1877 que, en la duda, sólo debe estimarse excesiva la donación cuando pase de 30.037 reales, que es la mayor cantidad señalada como equivalente, y sólo entonces se exigía la insinuación. Lo mismo viene á establecer la sentencia de 20 de Diciembre de 1883.

Según la ley 9.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, podían hacerse libremente, con carta, ó sin ella, todas las donaciones de cualquier cuantía otorgadas por el Estado ó á favor del Estado, las dotes y donaciones *propter nuptias*, las que se hacían á alguna iglesia ó establecimiento de piedad, y las que tenían por objeto la redención de cautivos ó la reparación de algún templo ó casa derribada. No siendo así, las donaciones que excedieran de los 500 maravedís de oro expresados, habían de hacerse «con carta é con sabiduría del mayor judgador, de aquel logar do fiziese la donación». Esta es la insinuación, que consistía, según Escriche, en «la presentación al juez del instrumento público en que constaba la donación para que la aprobase interponiendo su autoridad ó decreto judicial». Indudable es que las Partidas exigían *carta* para esas donaciones; pero no es tan claro si esa palabra aludía sólo á la forma escrita, ó determinadamente al documento público.

La jurisprudencia introdujo otra excepción á la necesidad de la insinuación. Las donaciones á cierta *postura* hechas *sub modo vel conditione*, á que se refiere la ley 6.ª del título y Partida citados, no necesitaban insinuarse, por envolver un contrato más ó menos oneroso para el donatario (véanse las sentencias de 21 de Marzo y 28 de igual mes de 1863 y 8 de Octubre de 1889, referente ésta á Cataluña).

Por lo demás, las donaciones excesivas no insinuadas eran válidas hasta los 500 maravedís, y nulas sólo en cuanto al exceso (sentencias de 20 de Diciembre de 1883, 9 de Diciembre de 1891 y 24 de Abril de 1894, y Resolución de la Dirección general de los Registros de 1.º de Marzo de 1888). Exceptúase la legislación de Navarra, cuya ley 3.ª, tít. 7.º, libro 3.º de la Novísiva Recopilación, declara nulas las donaciones no insinuadas ni juradas, no en cuanto al exceso sobre 300 ducados, sino en absoluto.

Nos hemos ocupado de esta materia, no sólo como expresión de un derecho anterior, de posible aplicación actual en casos especiales que revistió excepcional importancia, sino también por-

que, con leves modificaciones, ese derecho continúa aun vigente en las provincias forales. En Navarra, el límite son 300 ducados, como hemos dicho. En Aragón, 500 sueldos jaqueses (1). En Cataluña, 500 florines, ó sean 4 529 reales.

Según las sentencias de 29 de Septiembre de 1865 y 25 de Febrero de 1882, están autorizadas en Cataluña las donaciones *no insinuadas* de padres á hijos, siempre que no perjudiquen á los acreedores del donante ni á la legítima paterna de los otros hijos, según la constitución 1.ª, tít. 9.º, libro 8.º, volumen 1.º

Derecho vigente en Castilla.—Hoy no se atiende á la cuantía de la donación, sino á la naturaleza de los bienes en que consiste.

Sólo es *válida* la donación de inmuebles cuando se hace en escritura pública. No ha creído el Código que servía bastante para su efecto el art. 1280, según el cual, deben constar en documento público los actos ó contratos que tengan por objeto la transmisión de derechos reales, porque el art. 633 no pide una *forma* especial á que pueden compelerse las partes, ya *válidamente* unidas por el vínculo de la obligación (art. 1279), sino que hace depender de esa forma la validez de la donación.

Cargas.—En la escritura deben expresarse individualmente los bienes donados y *el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario*. La descripción de los bienes ó derechos donados se hará en la forma que lo exige la Instrucción sobre la manera de redactar los documentos públicos sujetos á Registro, y por tanto, haciendo constar los gravámenes que afectan á los inmuebles ó derechos. Pero, ¿qué quiere decir el art. 633 con las frases «el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario?» La Resolución de la Dirección general de los Registros, de 3 de Diciembre de 1892, sienta la siguiente doctrina:

«Que si bien el vocablo *cargas* tiene en el tecnicismo jurídico y en el lenguaje corriente una amplia y general acepción, que

(1) En Aragón no se practica la insinuación, á pesar de ordenarla el Fuero, 3, *de donationibus* libro 8.º

abarca por igual al derecho real que á la obligación personal, es muy dudoso haya sido empleada tal palabra en el art. 633 del Código en ese lato sentido, pareciendo, por el contrario, lo más natural y lógico, ya que el artículo se contraía á los bienes inmuebles, que sólo á los derechos que pueden afectarles, esto es, á las cargas reales, hiciera alusión el legislador.»

«Que en el art. 946 del proyecto de Código de 1851 se establecía como condición precisa para la validez de las donaciones en general, la de que se expresaran las *cargas* y *deudas* impuestas al donatario, por lo que el suprimirse en el art. 633 del Código vigente la palabra *deudas*, obedece sin duda á un pensamiento preconcebido, cual es el de no exigir para la validez de la donación de cosa inmueble que conste en la escritura el valor de las deudas ú obligaciones personales del donante que deba satisfacer el donatario.»

«Que esta materia es de interpretación restrictiva. Y como resumen de todo, que no es necesario expresar el valor de la obligación impuesta al donatario de alimentar al donante, costear en su día su funeral y pagar contribuciones porque no son cargas *reales* sobre la fincas donadas.»

Esta doctrina equivale á declarar que el art. 633 con las palabras á que nos referimos no quiso decir nada, ni supo expresar bien su pensamiento. Decir que los gravámenes que afecten al inmueble donado deben hacerse constar en la escritura, es cosa tan sabida para el notario, que desde luego puede estimarse inútil el recuerdo. Añadir que esas cargas debe *satisfacerlas el donatario*, es un error; las cargas *reales* ha de cumplirlas todo poseedor del inmueble, como que van con éste; el donatario queda libre de todo deber al enajenar.

No es esa la intención del legislador. Aunque, al parecer, siempre han de constar en la escritura las cargas que debe cumplir el donatario, esto, trátese de cargas reales ó personales, no puede exigirse más que en el caso de que efectivamente tenga que cumplirse alguna carga. Ha de ponerse en relación este artículo con el 619; por eso habla del *valor* de las cargas, por eso

dice que debe satisfacerlas el donatario. En las donaciones simples no hay cargas; luego en las donaciones simples no hay que hablar de esas cargas; sólo en su caso de los gravámenes reales que afecten con anterioridad á los bienes donados. El artículo 633 señala en esas palabras una especialidad de las escrituras de donación en que se imponen cargas al donatorio, á los efectos del art. 622, porque en lo que alcance el valor de esas cargas no hay donación, ni cabe, por tanto, revocación en su día. Y no es dudosa la posibilidad de fijar ese valor, cuando se trata de alimentos, funeral y contribuciones.

El argumento sacado del Proyecto de 1851 no tiene más que una fuerza aparente. Si el Código vigente respeta la doctrina, el espíritu, que á las donaciones atribuía dicho Proyecto, ¿por qué había de pretender contrariarlo en su art. 946? En vez de suponer que la eliminación de la palabra *deudas* significa la idea de que sólo consten las cargas reales, ¿por qué no suponer que esa eliminación obedece sólo a la consideración de que *la palabra* cargas *en el lenguaje corriente y en el tecnicismo jurídico, tiene una amplía y general acepción, que abarca por igual al derecho real que á la obligacion personal?* Una conjetura mal fundada, no es un fundamento de derecho (1).

Aceptación y notificación.—La aceptación puede constar en la misma escritura, y entonces el acto queda perfecto y el donatario ha adquirido derecho real sobre los bienes, mediante esta forma de tradición (arts. 1095 y 1462).

Si la aceptación no consta en la misma escritura, habrá de constar en otra separada. No requiere palabras solemnes: basta que conste la voluntad de aceptar. Pero en este caso es necesario que se notifique al donante en forma auténtica la aceptación, y que se anote en ambas escrituras (la de ofrecimiento de la do-

---

(1) Es verdad que el art 632, al tratar de la donación de bienes muebles, no habla de cargas; pero tampoco dice que la aceptación haya de hacerse en vida del donante. ¿Deduciremos de esto que la aceptación de esas donaciones puede hacerse después?

nación y la de aceptación) haberse cumplido el requisito de la notificación. Sólo entonces queda la donación perfecta (art. 6 3).

Estarán obligados á procurar la notificación las personas á que se refiere el art 631. Pero, aun sin obligación, *puede* cualquiera que tenga interés hacer que llegue á conocimiento del donante la aceptación. Así, dijimos que los *acreedores* del donatario no podrán aceptar por él, pero sí pueden procurar por él la notificación. Así también, muerto el donatario, pueden procurar la notificación sus herederos.

Dice el art. 633 que la notificación ha de verificarse en *forma auténtica*. Auténtico, es lo que hace fe por sí mismo. No basta, por tanto, enterar verbalmente al donante, ni aun por carta. La notificación, siendo posible, habrá de ser hecha por el mismo notario ante quien se acepte. No dice la ley documento auténtico, sino forma. ¿Bastará la noficación privada consignada por escrito ante testigos? Creemos que no, porque ha de anotarse esta diligencia en las escrituras, y no haría fe al efecto la exhibición de un documento de cuya certeza no puede responder el notario, obligado á poner las notas correspondientes.

En nuestra opinión, hay que equiparar este precepto, nuevo en nuestro derecho, al del art. 153 de la ley Hipotecaria, referente á la cesión de un crédito hipotecario; cesión que ha de notificarse al deudor en la forma que marcan los arts. 108 y 109 del reglamento: por cédula entregada ó hecha entregar al donante por el notario si reside en el mismo pueblo, ó judicialmente en otro caso.

Siempre, empero, el acto no se inscribe mientras no conste hecha la notificación. Esta notificación, á su vez, debe comunicarse por el notario ante quien se hizo la aceptación á aquél ante quien se otorgó la oferta de la donación, á fin de que en la matriz de la escritura correspondiente ponga la nota prevenida.

A los efectos de la inscripción en el Registro de la propiedad, se hará constar en la copia de la escritura de aceptación el hecho de la notificación por lo que resulte de su nota.

Epoca en que debe hacerse la aceptación.—El art. 633 añade,

por último, que la aceptación ha de hacerse *en vida del donante.* Esto prueba que puede dilatarse más ó menos, pero que, si no se hace antes de morir el donante, ya no es eficaz. Pero, ¿qué diremos si el donante muere después de la aceptación y antes de la notificación? No puede pretenderse que se notifique á un muerto. Por otra parte, el art. 633 no dice que la notificación se hará al donante ó á sus herederos, sino precisamente al donante.

¿Qué deduciremos de todo? Lo que ya hemos hecho constar en el comentario del art. 629. Cuando la aceptación se hace después del ofrecimiento en escritura separada, hay que considerar en ella dos momentos: uno respecto al donatario, que es aquél en que hace la aceptación que para él es indudable; otro respecto al donante, que es el momento en que la conoce, porque antes nada sabe, nada le consta, para él no existe aun la aceptación. Luego si el donante muere antes de la notificación, aun después de aceptada, la donación no es eficaz, no queda perfecta, no obliga á los herederos del donante; no se ha operado el concurso de las dos voluntades: la muerte las ha separado para siempre. Igual solución dimos en el art. 624, con relación á la capacidad.

Si los herederos del donante ratifican la donación, y los herederos del donatario la aceptan, el acto subsiste, pero es porque en realidad media una donación nueva y eficaz, confirmación de la antigua, que puede decirse convalidada mediante la conformidad de las partes interesadas.

Este fué el caso que motivó la sentencia de 12 de Junio de 1896. Hecha donación por una persona, residiendo en el extranjero, de un crédito hipotecario, se prescindió por el donatario, residente en España, de su aceptación y notificación en forma legal. Murieron después el donante, el donatario y el deudor, y no habiéndose pagado el crédito, los herederos del donatario exigieron judicialmente su cobro á los herederos del deudor, quienes se opusieron alegando la falta de aceptación y de notificación de la donación, y, por tanto, la ineficacia de ésta. A ins-

tancia de la actora, los herederos del donante reconocieron como firme la donación, ratificándola, caso necesario, y por esto el Tribunal Supremo, ateniéndose más á la equidad que al rigor de la ley, afirma su eficacia, fundándose en que las formalidades relativas á la aceptación por el donatario y notificación de ella al donante, se han establecido en favor de éste y de sus causahabientes, y son garantía de su derecho; por lo cual deben tenerse por cumplidas, aunque no lo hayan sido en realidad, cuando el mismo donante ó sus herederos están conformes con lo hecho, lo sancionan y renuncian á ejercitar el derecho que les asistiere.

II.—Donaciones de bienes muebles

Trata de ellas el art. 632. Pueden hacerse con entrega simultánea ó sin ella.

A) *Entrega simultánea.*—Se trata de una entrega ó tradición material insustituíble. ¿Qué quiere decir entrega simultánea? Simultánea, ¿de qué? Es claro que no basta entregar para que sea el donatario el que reciba. ¿Qué exige la ley?, ¿que no exista un vano ofrecimiento, sino una dejación completa?, ¿que se desprenda desde luego el donante de la cosa donada, mostrando así la irrevocabilidad de su voluntad?, ó no sólo eso, sino además, ¿que el donatario la reciba en el mismo acto, que la tradición sea de mano á mano, como se dice en el derecho francés? Una persona entrega á su hermano ó á un amigo una cantidad ó un objeto como donación. No cabe duda de que el acto es válido, sin necesidad de escrito ni de más aceptación: basta que el donatario la reciba. Pero esa misma persona encarga á un criado de su confianza que lleve el objeto ó la cantidad y haga su entrega, ó dispone que su banquero dé la suma. Hay el mismo desprendimiento simultáneo á la donación. ¿Será esto eficaz? Si no lo es por sí misma, ¿lo será como hecha por mandatario con entrega y recibo simultáneo? ¿Bastará poner en conocimiento del donante la entrega? En suma: la toma de posesión, ¿equivaldrá

siempre, tratándose de bienes muebles á la aceptación, y hará la donación perfecta y eficaz?

La entrega de la cosa por el donante ha de ser simultánea al acto de donar. Esto es lo que dice el art. 633. Que esa entrega ha de hacerse al donatario, es tan lógico y natural, que no hay necesidad de expresarlo. ¿Cómo podría sostenerse que la tradición de la cosa á un tercero, aun con encargo de darla al donatario, dejaba perfecta la donación, se entregase ó no después á ese donatario el objeto? ¿En qué se funda la ley al declarar el acto perfecto, más que en la presunta aceptación del donatario por la posesión material de la cosa donada? Ni, cómo ha de bastar que el tercero diga haberla entregado? Han de concurrir, pues, dos elementos: 1.º, la entrega por el donante, que revela su voluntad irrevocable de desprenderse del objeto; 2.º, el recibimiento por el donatario, que revela la aceptación. Estos son los actos que deben ser simultáneos. Cuando no lo son, la toma de posesión por el donatario no es bastante, porque el precepto legal no resulta cumplido. Poco trabajo cuesta en tal caso cum plir la ley, enviando el objeto con una carta y expresando en igual forma que se recibe y acepta.

A esto no se opone la facultad en el donante de hacerse representar por un mandatario. Que el mandato ha de ser expreso, nadie lo duda: el segundo párrafo del art. 1713 es bien terminante. Pero el mandato expreso puede ser verbal: ¿bastará esto? La jurisprudencia francesa ha exigido siempre un documento público por temor á los fraudes, las sorpresas y las captaciones (Troplong). Creemos que así tiene también que admitirse en nuestro derecho: se trata de una traslación de dominio que indudablemente puede perjudicar á tercero, y le es aplicable el artículo 1280, núm. 5.º Sería además anómalo que se exigieran medios más solemnes para aceptar que para dar.

Pero hay que distinguir. El poder en documento público se exige para donar ó disponer, no para la materialidad de entregar. El criado, el amigo, el banquero, á quienes se les encarga que entreguen, no disponen ni necesitan ese poder en tal forma.

Mas por lo mismo, la entrega que ellos pudieran realizar no es la entrega simultánea de que habla la ley. Esa entrega ha de hacerla el mismo donante ó la persona autorizada por él en legal forma para donar.

¿Qué clase de bienes muebles pueden donarse con entrega simultánea? Puesto que la ley no distingue todos los bienes muebles, todos los no comprendidos en el art. 334, pueden donarse en esa forma, sea cual fuere su valor. Esto no obsta á que en ciertos casos hayan de cumplirse determinadas formalidades: un documento transmisible por endoso sólo puede donarse llenando la formalidad del endoso; la cesión de un crédito se revela por la del documento en que consta, pero han de guardarse reglas especiales (artículos 1526 y siguientes), etc. Por otra parte, no deja de haber entrega aunque el objeto se ponga solamente á la vista y disposición del donatario, cuando no sea posible un acto más material.

La regla de que la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título (art. 464), resuelve la cuestión de si puede confundirse la donación con entrega simultánea con el depósito ó el mandato. El poseedor se reputa dueño. La entrega ha de presumirse donación mientras el transferente no pruebe el depósito ó el mandato, y con ello que ha sido privado ó pretende privársele ilegalmente de su propiedad.

B) Donación por escrito.—Faltando la entrega simultánea de la cosa donada, no surte efecto la donación de cosas muebles, si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación. Basta aquí un escrito privado, y en él, por analogía á lo dispuesto en el art. 633, deben determinarse los objetos donados y expresarse, *en su caso*, el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario. Si la aceptación consta en el mismo escrito, no hay cuestión; el donante conoce en el acto, como en el caso de la entrega simultánea, esa aceptación, y no hace falta notificación alguna. Si la aceptación se hace en escrito separado, ha de ponerse en conocimiento del donante, aunque no lo diga el art. 632, á los efectos del 623; solamente que esa notificación no tendrá que

revestir forma auténtica, pudiéndose probar por otros medios que el documento público. Nada impide, pues, que estas donaciones se realicen por carta particular, y conste en igual forma la aceptación.

También debe sobreentenderse que esa aceptación ha de hacerse en vida del donante, aunque expresamente no lo dice el artículo 632.

III —Cuestiones

Hemos resulto una porción de cuestiones que sugiere el estudio de cada uno de los artículos examinados. Pero hay otras que podemos llamar comunes á ambos artículos, y á éstas pertenecen las siguientes:

A) ¿Es admisible la aceptación tácita de la donación?—No lo dice la ley de un modo terminante; pero hay que deducir que la aceptación, por regla general, ha de ser expresa. En las donaciones de cosas muebles, cuando la entrega y el recibo son simultáneos, el art. 632 presume desde luego la aceptación; pero fuera de ese caso, el mismo art. 632 y el 633 prueban que la aceptación ha de ser expresa, puesto que ha de constar por escrito.

A. dona por escrito cierta cantidad á B., que se halla en un punto distante. B. cobra esa cantidad en el punto en que se encuentra y dispone de ella; pero no consta por escrito su aceptación. Después de un año, A. revoca su donación, ó sus acreedores hacen declararle en concurso, y pretenden que quede sin efecto. La revocación ó la pretensión es admisible: no ha habido verdadera aceptación: la donación no ha llegado á existir. Se dirá que la solución es absurda, que es de sentido común la voluntad de aceptar mediante la toma de posesión. Todo ello es cierto, pero así lo exige la ley: *dura lex sed lex*. Cierto que una simple carta, por otra parte muy natural y hasta de educación, evitaría toda cuestión; pero la carta no existe, y ni hay legalmente aceptación ni donación.

Nuestro Código no se ha atrevido á separarse de la doctrina

admitida por otros Códigos. Por nuestra parte, confesamos que no vemos con gusto la solución que ha prevalecido. La ley debe siempre admitir los dictados de la razón; legislar contra ellos es peligroso. Enhorabuena que se ponga en conocimiento del donante el hecho de la toma de posesión: esto es natural y justo. Pero que sabiendo que el donatario ha recibido los bienes, pueda pretenderse que no medió aceptación, es llevar el formalismo hasta un extremo que el espíritu del derecho moderno no consiente.

El derecho anterior, como el derecho romano, admitían aceptación tácita. Eran actos que acreditaban la aceptación, según la sentencia de 1.° de Octubre de 1888, el pago de las contribuciones correspondientes á los bienes donados, la posesión de éstos con los títulos de propiedad extendidos á favor del donante, y la celebración de misas impuestas al donatario como gravamen. También se admite la donación tácita en las provincias regidas por fueros especiales.

Ténganse presentes los efectos respecto á la posesión de cosas muebles, que mitigan en parte el rigor de la doctrina sentada.

B) Donaciones especiales.—El perdón de una deuda, es una verdadera donación. Respecto á su forma, véanse los artículos 1187 al 1191. De estos artículos resulta que la condonación puede ser tácita, y que hay casos (arts. 1189 y 1191) que escapan á las prescripciones de los arts. 632 y 633. La condonación expresa debe siempre ajustarse á las formas de la donación.

Las donaciones por razón de matrimonio no exigen aceptación. Ésta se presume por el hecho de realizarse el matrimonio. Por lo mismo, si el matrimonio no llegara á celebrarse, es revocable la donación (art. 1333). Respecto á la dote, véase el artículo 1339.

Las mal llamadas donaciones onerosas siguen las reglas de los contratos, y no rigen, por tanto, respecto á ellas, los artículos 632 y 633.

Por último, en las donaciones indirectas, cuando un tercero resulta favorecido por la condición ó carga impuesta al donata-

rio directo, opina Troplong que la aceptación de ese tercero es necesaria, pero no han de guardarse las formalidades especiales de las donaciones directas, porque esa donación indirecta no figura como disposición principal, sino *sub modo vel conditione.* Con el tercero, dice, ninguna convención existe. Pero es de advertir que Troplong se refiere á la forma del ofrecimiento, digámoslo así. Mas desde el momento en que se reconoce necesaria la aceptación, la forma de ésta ha de ser la que establecen, según los casos, los arts. 632 y 633. Así, en la donación de inmuebles con la carga de pagar una pensión á un tercero, para la oferta basta la escritura en favor del donatario directo; mas si el tercero no acepta en el mismo acto, deberá constar la aceptación en otra escritura y notificarse al donante en forma auténtica.

Códigos extranjeros.—Domina en todas las legislaciones un espíritu restrictivo. Las donaciones, en general, deben constar en documento público, y en igual forma la aceptación, con su obligada notificación, según los arts. 931 y 932 de los Códigos de Francia y Bélgica, y 1056 y 1057 del de Italia; disposición no aplicable á las donaciones manuales. Todo acto de donación de efectos muebles sólo será válido por lo que resulte de un estado valorado firmado por el donante, el donatario y los que por él acepten en su caso, unido á la minuta de la donación (art. 948 de los Códigos de Francia y Bélgica y 1070 del de Italia).

Otros Códigos, como los de Méjico, Baja California y Veracruz, exigen escritura pública para toda clase de donaciones de bienes inmuebles, y aun de bienes muebles, si el valor de éstos excede de determinada cantidad (300 ó 200 pesos).

CAPITULO III

De los efectos y limitación de las donaciones.

ARTÍCULO 634

La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo, lo ne-

cesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias.

ARTÍCULO 635

La donación no podrá comprender los bienes futuros.

Por bienes futuros se entienden aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Estos artículos comprenden la primera limitación de las donaciones. No se pueden donar (por acto entre vivos) todos los bienes de una persona, ni siquiera todos los bienes presentes.

Hermoso es el deseo de hacer un bien; grande la satisfacción que se experimenta al realizarle; pero el amor al prójimo no debe ser mayor que el amor á sí mismo. Las más hermosas virtudes, exageradas, pueden degenerar en un vicio. Por otra parte, la debilidad de carácter puede conducir al mismo resultado. Para evitar el impulso desordenado hacia la liberalidad, para velar por el porvenir del que no sabe guardar lo suyo y de su familia, para contrarrestar los efectos de la sugestión y la captación (1), la ley ha intervenido siempre, tratando de limitar las donaciones; todo sin perjuicio de la declaración de prodigalidad si fuese necesario.

Á ese buen deseo, casi debiéramos decir á esa necesidad, atienden los artículos 634 y 635, cuyo espíritu es el siguiente: el hombre puede donar todo aquello de que puede disponer en el momento de la donación, siempre que no se prive de lo necesario para su vida. Tiene derecho, en tal sentido, á todo menos á ponerse en condiciones de perecer de hambre por su imprevisión y su inteperante prodigalidad. Como dice un autor, «el motivo racional que legitima la prohibición de la ley, es el derecho á la

(1) No hablamos de la sospecha de fraude, porque no es ese el motivo de la disposición. Así es que el fraude, aun real en muchos casos, no se evita por este medio.

vida, que exige medios materiales necesarios para satisfacer directamente nuestras necesidades físicas, é indirectamente las intelectuales y morales, y que niega al hombre el que pueda abrogarse el derecho de privarse de los medios de subsistencia por un acto que, más que de liberalidad, puede ser calificado de prodigalidad ó de locura. Debe, pues, exigirse, para la validez de semejantes donaciones, que quede asegurada la subsistencia del donante, atendidas sus circunstancias personales. Estas palabras, escritas cuando aun no regía el Código civil, expresan de un modo brillante el criterio que ha informado la redacción del art. 634.

En Roma no se consentía antes de la época de Justiniano la donación de los bienes futuros, y la razón era sencillísima: la tradición *material* de los bienes donados se conceptuaba necesaria, ¿cómo entregar lo que aun no existía en poder del donante? Más tarde, cuando la voluntad se consideró bastante para perfeccionar la donación, esa prohibición dejó de existir; pero entendieron siempre los intérpretes que la donación universal era nula, porque quitaba al hombre la facultad de disponer por testamento, y con ello la probabilidad de tener heredero; porque, ¿quién había de aceptar la herencia de una persona que no dejaba bienes?

La ley 4.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, exceptuaba al donante del cumplimiento de la donación, cuando «non le fincasse de que pudiesse biuir», caso de cumplirla.

La ley 8.ª del mismo título y Partida, parte del supuesto de ser permitida la donación de todos los bienes, aunque pudiera revocarse por el nacimiento de un hijo; pero ha de entenderse con la expresada limitación.

El derecho vigente en España estaba contenido en la ley 69 de Toro (2.ª, tít. 7.º, libro 10 de la Novísima Recopilación). «Ninguno pueda hacer donación de todos sus bienes, aunque lo haga solamente de los presentes.»

No son donaciones universales las hechas á ciertas posturas, ó en que se imponen condiciones al donatario (sentencias de

28 de Marzo de 1863 y 4 de Marzo de 1872). Estamos conformes con esta declaración, siempre y cuando el gravamen ó condición redunde en beneficio del donante.

Aragón.—Es válida la donación de todos los bienes habidos y por haber, aun cuando pueda invalidarse á instancia de los hijos del donante, si se prescindió de ellos ó se hizo antes de su nacimiento.

Cataluña.—La donación universal ha de ser insinuada, sin cuyo requisito no tiene validez. Es aplicable á estas donaciones cuanto hemos dicho al ocuparnos de las que excedían de 500 florines.

Navarra.—No existe disposición especial, pero impera el principio de libertad absoluta de disponer. En su caso, procede la insinuación.

Códigos extranjeros.—La generalidad de los Códigos aceptan los mismos principios que el nuestro, como puede comprobarse examinando los arts. 1456 y 1460 del Código de Portugal, 1704 del de Holanda, 708 del de Guatemala, 2731 y 1714 del de Méjico, 1800 del de la República Argentina, etc. El Código de Baviera expresa la misma idea en una forma más práctica, pues si bien permite la donación de todos los bienes, es con la condición de que el donante sea mantenido decorosamente por el donatario. En la generalidad de los Códigos, mejor dicho, en todos, de un modo más ó menos expreso, quedan á salvo los derechos de los acreedores para el caso de fraude.

El art. 1064 del Código de Italia y el 943 de los de Francia y Bélgica, dan un paso más avanzado al permitir la donación de todos los bienes presentes, excluyendo sólo los futuros.

Por último, el Código de Austria, art. 944, consiente la donación, no sólo de *todos* los bienes presentes, sino aun de la mitad de los bienes futuros.

***

Son muchas las cuestiones que ha sugerido á los comentaristas la lectura de los artículos 634 y 635. Para poder resolver-

las en su mayoría, se impone el estudio de la doctrina que contienen.

El art. 634, en realidad, dice que es válida la donación de bienes presentes siempre que el donante se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias. Las palabras *todos los bienes ó parte de ellos, en plena propiedad ó en usufructo,* prestan más fuerza á la idea ó la hacen más comprensible, pero no añaden nada esencial; explican, no limitan ni contradicen lo expuesto.

En sentido vulgar, dona todos sus bienes el que sólo se reserva el usufructo ó disfrute de algunos de ellos; dona parte de los bienes, el que se reserva la plena propiedad. Pero, en realidad, el que se reserva algún derecho no lo dona todo. Plena propiedad ó usufructo, exige la ley. Plena propiedad y usufructo, coinciden en que en ambos casos hay disfrute actual de algo, disfrute ó utilidad que proporciona lo necesario para vivir.

Cuando no hay disfrute, utilidad presente, puede no cumplirse la idea del legislador. El nudo propietario, mientras no obtenga un equivalente á su derecho de disponer, equivalente que le proporcione una utilidad actual, tiene sólo un derecho nominal, puede perecer de hambre durante su vida, como el hombre abandonado en una isla desierta puede decirse que carece de lo necesario para vivir, aunque encierre millones en su cartera.

En la palabra *bienes* se comprende todo lo que proporciona utilidad al hombre, lo que sirve para la satisfación de sus necesidades de orden material, todo aquello que le permite vivir físicamente: lo mismo una finca que los productos de determinada industria.

La idea de lo necesario para vivir lleva inconscientemente nuestra imaginación hacia la doctrina de los alimentos. Nos referimos, pues, á lo expuesto en el comentario del art. 142, no sin hacer constar:

1.º Que la medida de lo reservado es lo necesario al donante, pero lo necesario, no en absoluto con arreglo á un tipo fijo, sino

relativamente á la persona que dona, á su estado, á su clase; en una palabra, á sus circunstancias especiales;

2.º Que el donante no sólo ha de reservarse lo necesario para vivir él aisladamente considerado, sino él, su consorte, é hijos, en su caso, es decir, existiendo estos seres y no teniendo bienes propios para su subsistencia. Por otra parte, aunque sus hijos ó su consorte tuvieran bienes más que suficientes para subsistir y aun ayudar al donante, éste ha de reservarse siempre de los suyos propios el disfrute de lo necesario para su vida.

3.º La donación no puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad; razón por la cual ha de respetarse el derecho á alimentos, en su caso, y queda á salvo la facultad de los acreedores para rescindir la donación;

4.º El límite de lo que debe estimarse necesario para vivir es una cuestión de hecho que, mediante prueba, apreciarán los tribunales.

Para terminar estas ideas fundamentales que desarrollan el espíritu de los artículos 634 y 635, hemos de fijar nuestra atencien en la definición que el Código da de los bienes futuros. Son aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. Esta definición comprende en realidad todos los bienes que son ajenos en el momento de donar, puedan ó no pertenecer más tarde al donante, enlazando así dos ideas que, aunque aparentemente no tienen relación, vienen en realidad á fundirse en la materia que examinamos, y á dar seguridad en las aplicaciones. El artículo se refiere á los bienes ajenos, pero puede decirse que lo hace en relación á una época venidera: habrá bienes que podrán pertenecer al donante más tarde; mas esos no puede donarlos, porque no son actualmente suyos, porque no puede disponer de ellos en el momento de donar. El usufructuario vitalicio ó por determinado número de años de una viña, puede donar ese usufructo con la misma extensión que le corresponde, mas en modo alguno de propiedad. El nudo propietario de esa misma viña puede donar su derecho desde luego; pero puede donar también el usufructo para la época en que había de volver

á él, porque se trata de un derecho adquirido, del que puede disponer en el momento de la donación.

En la donación no aceptada en el acto, hay, sin embargo, dos momentos: el de la oferta y el del conocimiento por el donante de esa aceptación. ¿Cuál es el momento ó el tiempo de la donación? Hay que atender á la época de la disposición ú oferta, y es bastante, pues si bien puede ocurrir que antes de conocer la aceptación enajene el donante á un tercero los bienes donados y quede ineficaz la donación, esto no será por tratarse de bienes futuros en el tiempo de aceptar, sino porque no llega á haber concurso de voluntades, ni, por tanto, donación.

Poco importa, por otra parte, la fijación de un plazo ó el establecimiento de una condición: *siempre* ha de atenderse al tiempo de la disposición.

Veamos ahora las cuestiones que se presentan.

A) *La donación de todos los bienes, ¿es nula* ipso facto, *ó mediante prueba? ¿Es nula en su totalidad, ó sólo en cuanto al exceso?*—Estas cuestiones han sido resueltas, acertadamente en nuestra opinión, por la Dirección general de los Registros, en su Resolución de 21 de Agosto de 1893, y como su doctrina es aplicable á los arts. 634, 636 y 654, transcribimos á continuación los considerandos más importantes.

«Considerando que los arts. 634 y 636 del Código han venido á trazar los límites á la libertad de donar, de donde se colige que toda donación es válida en cuanto se encierre en esos límites, y susceptible de anulación ó reducción en todo aquello que de los mismos excediere»:

«Considerando que, por esta razón, no es lícito afirmar *à priori*, invocando el art. 634 ó el 636, que una donación es nula, sino á lo sumo susceptible de reducción, si en virtud de prueba ulterior suministrada por parte legítima, se acreditare: ó bien que no quedó al donante lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias, ó bien que la donación es inoficiosa»:

«Considerando que el art. 654, cuando ordena que la dona-

ción inoficiosa ha de tener plena eficacia durante la vida del donante, y por ende, hasta que llegue el momento de su reducción, sienta un criterio que, aplicado al caso del art. 634, permite deducir que la donación produce todos sus efectos hasta probado que sea que á virtud de ella no quedó al donante lo necesario para vivir según sus circunstancias»:

«Considerando, como consecuencia de lo expuesto, que no es al notario, al autorizar la escritura de donación, ni al registrador, al inscribirla, á quienes incumbe investigar si queda al donante lo necesario, rechazando el acto como nulo á falta de prueba que así lo justificare, sino á los tribunales de justicia en el juicio que proceda y á instancia de quien tenga derecho á pedir la reducción de semejante donación.»

Esta cuestión ha sido resuelta después en igual sentido, en las Resoluciones del mismo Centro de 17 de Abril y 5 de Agosto de 1907.

Goyena resolvía del mismo modo la cuestión propuesta en segundo término, y así también se establece en el art. 943 del Código francés.

B) Los artículos 634 y 635, ¿son aplicables à toda clase de donaciones? —En esta cuestión no vemos dificultad alguna, ni hay que recurrir á las sentencias de 21 de Noviembre de 1846, 28 de Marzo de 1863, 30 de Diciembre de 1867 y 4 de Marzo de 1872, con arreglo á las cuales no era aplicable la ley 69 de Toro á las donaciones condicionales. Hoy la cuestión es esta: ¿queda al donante lo necesario para vivir según sus circunstancias? Si no le queda, por imponerse gravámenes ó condiciones sólo á favor de terceros, la donación sólo es válida dentro del límite marcado en el art. 634. Prescindiendo, pues, como siempre debe hacerse, de las donaciones onerosas, de las donaciones por razón de matrimonio y de las donaciones *mortis causa*, dicho artículo se aplica á toda clase de donaciones, pues si en algún caso no abraza las donaciones condicionales, será porque, mediante ellas, quedará al donante lo necesario para subsistir (1).

(1) Véanse los artículos 1331, 1341 y 1415 del Código.

C) *¿Es nula la donación absoluta de parte de los bienes del donante sin reserva alguna en esa parte?*—Se funda esta duda en la redacción del art. 634. Parece indudable, se dice, que, tanto en la donación de *todos* los bienes como en la donación de *parte* de ellos, ha de haber reserva de usufructo ó plena propiedad. En efecto, es así: *siempre* ha de haber esa reserva, pero no precisamente si la donación es parcial, en la parte de bienes donados, sino en bienes cualesquiera del donante. Si la parte no donada de cuya plena propiedad no se dispone es suficiente para vivir, la reserva existe y es válida la donación. ¿Cómo pretender que el que regala un traje, por ejemplo, haya de reservarse su usufructo ni menos su plena propiedad?

D) *¿Será nula la donación de una cosa determinada, única que posee el donante?*—Si, efectivamente, al donante no le queda nada, no conserva lo necesario para vivir, y es claro que los tribunales, mediante prueba de ello, declararán nula la donación.

E) *El que vive de los productos de su cargo, profesión ú oficio, ¿puede donar otros bienes de su pertenencia? ¿Puede hacer donación de parte de esos productos aunque no tenga otros bienes?*—Hemos dicho que el donante ha de reservarse siempre el disfrute de lo necesario para vivir con arreglo á sus circunstancias. Es indudable que el que percibe un sueldo, un salario ó un jornal, ó el que vive con los productos de su cargo, profesión ú oficio, puede tener con eso sólo el disfrute de lo necesario para vivir. Por lo tanto, es claro que puede donar otras cosas que le pertenezcan. Hasta el obrero más necesitado puede regalar un crucifijo, un cuadro ó una sortija que heredara de sus padres, porque con ello no queda más pobre ni más necesitado que antes.

Respecto á la donación de una parte del sueldo ó de los productos, tampoco vemos inconveniente si el donante se reserva lo necesario para vivir. Si esta condición se cumple, ¿por qué no había de ser válida la donación? No se trata de bienes futuros. Es claro que no puede donarse el cargo, la profesión, etc.; pero ellos producen un bien: el derecho al disfrute de sus utilidades mientras dure. ¿Existe ese derecho en el donante cuando de él

dispone? Pues es evidente que no se dispone de bienes futuros; ¿cómo podría donarse parte de una renta ó alquiler, ó parte de los productos de una finca sobre la que sólo existe un derecho de usufructo temporal, y no podría realizarse ese mismo acto con relación á otros productos que de la misma manera se poseen? El derecho se transmite en la forma y con las limitaciones que se posee. Si esos productos se estiman frutos, el usufructuario puede disponer de ellos.

F) ¿Será eficaz la donación de todos los bienes presentes cuando el donante, si bien se reserva el usufructo, limita esta reserva para el caso de serle necesario para vivir?—¿Será eficaz la donación total si el donante no se reserva ni propiedad ni usufructo alguno, sino el derecho de vender, empeñar, y en cualquiera manera gravar y obligar los bienes donados en caso de *necesidad?*

La primera pregunta es contradictoria. Ó queda al donante lo necesario para vivir, ó no. Si le queda, no es cierto que se donen todos los bienes presentes, y la reserva puede estimarse superflua. Si en efecto, no le queda lo necesario, evidentemente necesita el donante en el acto el usufructo que condicionalmente se reservó. Algo análogo ocurre con la segunda pregunta, y es que el comentarista que las propone parte del supuesto de que los productos de la industria ó del trabajo no son bienes, y por tanto, que aunque esos productos se los reserve el donante, éste, si dona lo demás que tenga, dona sus bienes todos y no reserva lo necesario para vivir. Estimamos, pues, que si existe esa reserva, que debe considerarse como reserva de usufructo ó al menos de plena propiedad de frutos, la cláusula de poder vender y gravar en caso de necesidad es desde luego válida, pero no necesaria, y que si, en efecto, *nada* queda al donante, la donación no es válida, porque el art. 634 exige reserva de usufructo ó de plena propiedad, no bastándole la de la nuda propiedad, que, por de pronto, no produce disfrute alguno al donante. Bajo otro aspecto, el caso de *necesidad* ha llegado desde el momento en que ese donante no se queda con nada.

G) ¿Pueden considerarse como bienes futuros aquellos cuya ad-

quisición depende del cumplimiento de una condición suspensiva?— Los bienes á que el donante tiene derecho, aunque su entrega deba verificarse en un plazo que aun no ha llegado al disponer la donación, y aquellos que le pertenecen condicionalmente, y sólo serán suyos si se cumple la condición, pueden desde luego donarse, siempre que el donante disponga solamente del derecho que sobre ellos le corresponde. Así, pues, la donación del dominio puro, digámoslo así, es imposible, porque de ese dominio puro no puede disponer el donante en el momento de la donación; pero puede disponer del derecho cierto, pero á término, que le pertenece en las adquisiciones á plazo, ó del derecho incierto, pero posible, que le corresponde en las adquisiciones cuya eficacia depende de una condición suspensiva. Del mismo modo puede disponer de los frutos de sus bienes, considerados como una accesión de éstos ó como una cosa adquirida á plazo ó mediante condición casual. En las donaciones por razón de matrimonio, en las dotes y en las donaciones de bienes gananciales por el marido, rigen preceptos especiales, sobre los cuales nos referimos al comentario de los arts. 1331, 1341 y 1415.

ARTÍCULO 636

No obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar ó recibir por testamento.

La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida.

En todas las legislaciones que admiten las legítimas, como porción forzosa asignada por la ley á determinados herederos, se impone la prescripción que encierra el artículo que nos ocupa. El amparo que la ley quiere prestar á los descendientes, á los ascendientes y al cónyuge viudo; el reconocimiento de un derecho cierto y necesario en la herencia del que muera con testamento ó sin él, sería letra muerta, constituiría una imposición tan inocente como ineficaz, si el mismo ser á quien ese amparo y ese

derecho se reserva, pudiera ser despojado en vida del causante por permitir á éste donar sin más limitaciones que las contenidas en los arts. 634 y 635. Como hemos dicho en otro lugar, ó había que suprimir las legítimas, ó era necesario limitar las donaciones. A esta necesidad obedece el precepto del art. 636.

Este artículo establece, en efecto, una limitación más. Las de los art. 634 y 635 son absolutas; la del art. 636 es relativa: depende de las condiciones especiales de la persona que haga la donación. Como esta materia se relaciona directamente con la de las legítimas, ocurrirá que unas personas, por carecer de herederos forzosos, podrán donar todos sus bienes presentes con la sola reserva del art. 634, y otras, por existir esos herederos, podrán sólo donar hasta cierto límite, más ó menos variable según los casos. Una misma persona puede donar más ó menos, según que pueda disponer de más ó de menos en su testamento.

La donación hecha en contravención al art. 636, como dice su último párrafo, no es nula, sino sólo reducible por inoficiosa. Para apreciar la importancia de las donaciones, y si deben ó no reducirse como inoficiosas, el art. 654 fija el momento de la muerte del donante.

La limitación del art. 636 no ejerce, por tanto, ninguna influencia actual en la extensión de las donaciones. Todas han de estimarse por de pronto válidas y eficaces, todas producen por completo sus efectos durante la vida del donante. Ni se exige prueba alguna de su validez, ni nadie puede reclamar. El vicio que pueden llevar escondido bajo su falsa apariencia de actos válidos, permanece latente y oculto hasta el momento de la muerte del donante, como en los organismos al parecer más sanos se esconden á veces gérmenes destructores que esperan una ocasión propicia para desarrollarse y producir la enfermedad.

El precepto es aplicable á toda clase de donaciones, en cuanto realmente lo sean. Recuérdese lo dicho en el comentario de los artículos 621 y 622. Las mismas dotes son colacionables, y la colación tiene por objeto cumplir el art. 636 entre los herederos forzosos del donante.

«La dote, dice Troplong, dada á una hija para profesar en una comunidad, no forma excepción á la regla general. En vano se dirá que el convento no ha recibido esa dote sino para atender á la alimentación de la religiosa. No puede exigirse del padre lo que no está en sus facultades conceder; no puede pretenderse que los otros hijos queden sin alimentos, y sobre todo, que el padre falte á la ley natural y divina de asegurar, en su sucesión, la suerte de todos sus hijos.»

El comentario al art. 636 se completa con el de los 654 al 657. Allí examinaremos varias cuestiones de las que pueden suscitarse.

La ley 8.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª, se refería á esta materia en las siguientes palabras: «E si auentura alguno que ouiesse fijos legítimos quisiesse fazer donación á otro, puédelo fazer; en tal manera que todauía finque en saluo á los fijos la su parte legítima, también en vida de su padre como después de la su muerte.» Estas últimas frases indicaban claramente que aun en vida del padre, los hijos debían tener siempre á salvo su legítima.

La ley 29 de Toro sentó una doctrina contraria, como la que hoy admite el art. 654 del Código, pero siguió refiriéndose sólo á los hijos. No existían, pues, antes del Código, disposiciones completas, ni quedaban á salvo todas las legítimas.

Aragón.—La donación hecha á un hijo de diferentes fincas puede ser impugnada por los otros hijos, si no quedasen bienes muebles bastantes para cubrir la porción que á ellos les corresponde. Los acreedores pueden también impugnar esa donación, y la que haga el padre de todos sus bienes en favor de sus hijos, cuando los bienes les estuviesen especialmente obligados.

Se admite la donación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio.

Cataluña.—Las donaciones no pueden perjudicar á la legítima de los descendientes ni de los ascendientes (véanse las sentencias de 29 de Septiembre de 1865 y 25 de Febrero de 1872, y la Resolución de 16 de Noviembre de 1888).

Las donaciones á los hijos naturales del que dona y de la

madre no pueden exceder, en caso de existir hijos legítimos, de la duodécima parte de los bienes del donante ó de la mitad de dicha duodécima parte si son hechas en favor de la madre. No existiendo hijos legítimos, ha de quedar á salvo la legítima de los ascendientes si los hubiere (Novela 89, cap. 12).

Navarra.—Como las legítimas son nominales, no existe en dicha región la limitación del art. 636. Exceptúanse los casos de segundo ó ulterior matrimonio.

Códigos extranjeros.—Todos contienen preceptos parecidos al del art. 636 del nuestro. Los de Méjico y Baja California extreman su precaución y no consienten que la donación exceda de la parte de libre disposición, ni que perjudique á la obligación del donante de suministrar alimentos á sus descendientes, ascendientes ó cónyuges.

ARTÍCULO 637.

Cuando la donación hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.

Los artículos 634 al 636 señalan, como hemos visto, las limitaciones más importantes de la donación. El 637 empieza á determinar algunos efectos especiales, y los 639 al 642 establecen otros, también relativos á determinadas formas de donación.

La ley nada dice sobre los efectos generales, porque son los comunes á todos los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, ya en absoluto, ya con relación al modo de constituirse: puramente, á término, ó bajo condición. Sin embargo, los artículos 638 y 643 puede decirse que marcan efectos que son comunes á todas las donaciones *inter vivos*. Además, mez-

clada con la doctrina de los efectos de la donación, se encuentran otras limitaciones, pues como tal debe estimarse el recuerdo en los arts. 640 y 641 de las reglas establecidas para las sustituciones en la sucesión testamentaria y la presunción que establece el segundo párrafo del art. 643.

Las donaciones pueden hacerse á una sola persona ó á varias.

La hecha á varias personas puede determinar ó no los bienes especialmente donados á cada uno de los donatarios. Si se dona á varios una sola cosa, puede expresarse ó no la porción determinada (separada y especial) ó proindiviso que á cada uno ha de corresponder. Cuando esa determinación ó esa expresión no consta, la ley supone que las partes de cada donatario son iguales, porque se presume que esa fué la voluntad del donante. De todos modos, ante esa falta de expresión la ley no podía hacer desigual la condición de los donatarios. En este punto el art. 637 viene á ser una aplicación del 393, párrafo segundo.

La donación se entiende, pues, hecha á varios *conjuntamente,* cuando á todos ellos se dona una misma cosa, ó un mismo conjunto de cosas, sin designación de partes determinadas ni indivisas.

Derecho de acrecer.—Pero aun fijada la cuota igual é indivisa por la ley, quedaba en pie una cuestión. ¿Existiría entre los donatarios conjuntamente llamados el derecho de acrecer? El artículo 637 atiende, ante todo, á la voluntad del donante. Si establece expresamente el derecho de acrecer, tiene lugar siempre; si lo prohibe, no tiene lugar nunca. Si nada expresa sobre este particular, la ley da la siguiente solución: en las donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer procede el derecho de acrecer; en todas las demás, hechas en igual forma, no se admite ese derecho.

El *derecho de acrecer* entre los codonatarios por establecerlo así el donante, ó entre los cónyuges por disposición de la ley, significa, relacionando este artículo con los 981 al 987, que la porción vacante por no querer aceptarla uno de los donatarios,

por ser incapaz ó por morir sin aceptar, corresponde al donatario que aceptó, ó á los donatarios que aceptaron proporcionalmente á la parte de cada cual. La notificación de la aceptación no juega aquí papel, porque se refiere al donante y no al donatario.

Supongamos, sin embargo, que uno de los donatarios acepta en el acto y el otro no, siendo capaz, y que el donante revoca la donación hecha al que aún no ha expresado su voluntad de aceptar, ó vende ó grava la porción indivisa que al mismo correspondía. ¿Qué solución adoptaremos? Nosotros creemos que, establecido por el donante ó por la ley el derecho de acrecer, en absoluto y no limitadamente al caso de muerte ó incapacidad, queda establecida cierta solidaridad entre los donatarios, por virtud de la cual cada uno de ellos, al aceptar, acepta su parte y la de los demás si éstos no llegaran á hacerlo; que la donación queda desde luego perfecta en su totalidad por la aceptación de uno solo de los donatarios, y el donante no puede ya revocarla ni disponer de los bienes. Inútil sería el derecho de acrecer concedido por la ley á los cónyuges, si al aceptar solamente el marido pudiera el donante disponer de la parte de la mujer.

Cuando no proceda el derecho de acrecer, la solución debe ser contraria.

Relación con el art. 521.—Constituído usufructo á favor de varias personas vivas al tiempo de su constitución, no se extingue hasta la muerte de la última que sobreviviere. Luego al morir uno de los usufructuarios, su porción no se refunde en la nuda propiedad, sino que acrece al otro usufructuario. Si el usufructo se constituye por donación, ¿existirá entre los donatarios usufructuarios el derecho de acrecer, aunque no lo establezca el donante?

Parece á primera vista que hay contradicción entre los artículos 521 y 637; pero no es así en realidad. La disposición del art. 521 se funda en la misma naturaleza del usufructo; derecho transitorio que en definitiva ha de refundirse en la pro-

piedad. Por esto, el derecho de acrecer que dicho artículo viene á establecer es especialísimo: se refiere á un usufructo *ya* constituído, á varias personas que ya han adquirido y disfrutado el derecho, derecho que, por regla general, es vitalicio, y no transmisible, por tanto, á los herederos. El art. 637, á su vez, se refiere al derecho de acrecer normal, aquel de que se ocupan los artículos 981 al 987. Desde el momento en que, llamadas varias personas á una misma herencia ó á una misma porción de herencia, sin especial designación de partes, todas esas personas aceptan y adquieren su parte respectiva, ya no procede el derecho de acrecer normal; cada heredero ó cada legatario, como dueño de su porción indivisa, puede disponer de ella. Pues esto mismo ocurre en la donación, y así lo confirma el art. 1398; el derecho de acrecer establecido por la ley ó por la voluntad del donante sólo procede cuando alguno de los llamados conjuntamente no llega á adquirir. Y como el art. 521 descansa precisamente en el supuesto contrario, es evidente que dicho artículo y el 637 no son en realidad contradictorios, y ambos han de aplicarse en los respectivos casos ó situaciones á que se refieren.

Códigos extranjeros.—No todos los Códigos contienen el precepto del art. 637 del nuestro, que, sin embargo, concuerda con el 1467 del código de Portugal, el 2739 del de Méjico, 2621 del de la Baja California y 1798 del de la República Argentina. La regla suele ser más absoluta, pues no se establece, como tampoco se establecía en el proyecto de Código de 1851, la excepción que nuestro Código admite en favor de los cónyuges.

ARTÍCULO 638

El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen.

De la evicción y saneamiento tratan los artículos 1461 y 1474 á 1499 del Código.

La doctrina referente al saneamiento por evicción, ó por defectos ó gravámenes ocultos, no tienen aplicación en la transmisión de bienes por título gratuíto. El saneamiento supone una obligación y una responsabilidad en el transmitente, obligación y responsabilidad natural y justísima cuando el que adquiere ha realizado una prestación equivalente á lo adquirido; pero que no tiene razón de ser cuando ese equivalente no existe. Por otra parte, la espontaneidad y liberalidad del donante repugna toda obligación diferente de la de entregar los bienes donados.

Mas en virtud del mismo principio, cuando se trate de una donación onerosa ó condicional, el donante debe responder de la evicción hasta la concurrencia del gravamen. El art. 638, en esta parte, es sólo una aplicación de lo prevenido como regla general en el art. 622. En caso de resultar vicios ó gravámenes ocultos, sólo podrá reclamarse en cuanto disminuyan el valor de lo donado más allá de lo que constituye verdadera donación.

Otro precepto contiene el art. 638. El donatario se subroga en lugar del donante. La personalidad del donante desaparece. Y de este modo, dicho donante de nada responde, porque al ceder gratuitamente lo que tenía, cumplió por completo la única obligación que espontáneamente contrajo. Pero el donatario puede ser privado de la cosa donada en virtud de sentencia firme, fundada en un derecho anterior, á la adquisición de la misma cosa por el donante. En tal caso pueden ser ejercitadas directamente por el donatario todas las acciones que á dicho donante pudieran corresponder contra la persona de quien adquirió, ya en caso de evicción, ya por vicios ó gravámenes anteriores y ocultos.

El proyecto de Código de 1851 sólo obligaba al donante al saneamiento en caso de evicción ó por defectos ó gravámenes ocultos de la cosa donada, cuando así se hubiera estipulado. Pero así como dentro de la doctrina de dicho proyecto era forzoso admi-

tir la misma obligación más ó menos limitada en las donaciones condicionales ú onerosas, así también la excepción que establecía aquel proyecto de Código hay que admitirla en la doctrina que sienta el art. 638. Es este precepto una regla general que denota el criterio de la ley, á falta de una expresión terminante y contraria de la voluntad del donante, ya que en su favor se establece la regla. Si dicho donante, además de donar, quiere responder de los defectos ó gravámenes ocultos que puedan resultar, ó de la pérdida de la cosa, en su caso, puede hacerlo, pues no consiente otra solución el respeto consagrado en nuestro Código á la voluntad individual.

La doctrina del proyecto de Código de 1851 es la más admitida en los Códigos extranjeros, estableciéndose en una forma análoga en los de Portugal, Méjico, Baja California y Veracruz.

Suele exceptuarse también de la regla general el caso de dote. Nuestro Código nada determina expresamente. En virtud de lo dispuesto en el art. 1339, puede deducirse que el 638, que nos ocupa, es aplicable también á las dotes constituídas con posterioridad á la celebración del matrimonio. Respecto á las constituídas antes y á las demás donaciones por razón de matrimonio, la única especialidad es la del art. 1332. También ha de tenerse presente que, según el art. 1397, el que diere ó prometiere capital para el marido, no queda sujeto á la evicción sino en caso de fraude,

En el Código de Francia no existe concordante con el 638 del nuestro.

El Código de Italia, art. 1077, no sólo exceptúa de la obligación, en caso de evicción, á las donaciones onerosas, á las dotes y á aquellas en que se ha prometido expresamente garantía, sino que además considera esa obligación procedente cuando la evicción se funde en el dolo ó en el hecho personal del donante. Este mismo criterio domina en el art. 945 del código de Austria.

Pero esta última excepción no puede admitirse en nuestro derecho, según el cual, y en resumen, salvo pacto en contrario,

sólo procede la obligación de saneamiento en caso de evicción, ó por vicios ó gravámenes ocultos, en los actos ó contratos á título oneroso.

ARTÍCULO 639

Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, ó de alguna cantidad con cargo á ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó la cantidad que se hubiese reservado.

Señala un efecto especial de determinadas donaciones.

Siempre, dejando á salvo las limitaciones establecidas en los artículos 634 al 636, puede reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados ó de alguna cantidad con cargo á ellos. No es que el dononte se reserve los bienes ó que queden determinados de éstos en su poder: lo que se reserva es una facultad ó un derecho sobre los entregados al donatario.

El donante puede usar durante su vida del derecho que se reservó (vender, hipotecar, reclamar la cantidad, etc); pero si muere sin haber hecho uso de esa facultad, esa parte de bienes, objeto especial ó suma reservada, ¿debe corresponder al donatario ó á los herederos del donante?

El Código francés, art. 946, teniendo en cuenta que la donación no puede depender de una condición potestativa en el donante, y siguiendo fielmente la máxima *donner et retenir ne vaut*, dispone que pertenezca á los herederos del donante, á pesar de las cláusulas y convenios hechos en contrario, pues la donación, para existir, debe ser irrevocable, y el derecho reservado no se entiende donado.

El mismo criterio aceptan los códigos de Bélgica (art. 946), Italia (1069), Portugal (1464), Holanda (1708), Vaud (600), Uruguay (1588) y otros.

Los de Méjico y Baja California (arts. 2734 á 2736, y 2616

á 2618) hacen una distinción, según que los bienes en que fué reservado el derecho se hallen en poder del donante ó en poder del donatario. En el primer caso, son preferidos los herederos legítimos del donante; en el segundo caso, el donatario.

Por último, el código de Veracruz sienta la misma doctrina que el nuestro. Y en este punto siempre ha sido el mismo el criterio de nuestros legisladores, pues el art. 638, que nos ocupa, está tomado del 957 del proyecto de Código de 1851, y el 638 del de 1882.

Aunque el que se reserva el derecho de disponer de una cosa, sin subordinar la reserva á condición alguna, en realidad se reserva el dominio sobre ella, nuestros legisladores estimaron, sin duda, que al aparecer los bienes donados desde luego, la donación produce efectos en vida del donante, transmitiéndose, al menos, un derecho de usufructo ó un dominio revocable; que puesto que la reserva de disponer se hizo sólo en favor del donante, y no del donante y sus herederos, existe una condición tácita: la de que el donante disponga ó no durante su vida, y que, ó debía estimarse nula en absoluto la donación respecto á los bienes en que consistía la reserva, ó, considerándola válida, se imponía la solución adoptada. Así—según Goyena—se trata de una donación condicional en cuanto á su consumación, y la condición se ha cumplido por el hecho de morir el donante sin haber usado de la facultad que se reservó, sin disponer de lo reservado por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.

Como resultado del precepto legal ó de la solución adoptada, efectuada la donación, puede el donatario transmitir el derecho condicional que le corresponde, aunque todos los actos de enajenación ó gravamen que realice llevaran consigo una amenaza de resolución.

Ahora bien; si los bienes sobre que quedó reservado el derecho siguen en poder del donante, en realidad no existe donación entre vivos, pues no produce efectos, ya que ni el donatario disfruta los bienes, ni el donante se desprende irrevocablemente de ellos, pues el poder disponer durante su vida equiva-

le á poder revocar por su sola voluntad hasta el momento de su muerte.

ARTÍCULO 640

También se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el art. 781 de este Código.

Este artículo, en realidad, sólo trata de imponer en las donaciones la misma limitación que en la disposición de bienes por causa de muerte establece el art. 781.

Es indudable que el donante puede disponer del dominio de los bienes que le correspondan, ó de un derecho más ó menos limitado sobre los mismos. Puede imponer gratuitamente una servidumbre; puede ceder el dominio útil; puede constituir hipoteca; puede, por tanto, donar la nuda propiedad ó el usufructo, ó á unas personas un derecho y á otras otro derecho distinto.

Donada la nuda propiedad, el donante no está obligado á constituir la fianza exigida á los usufructuarios (art. 492), pero sí á formar inventario de los bienes cuyo usufructo se reserva. Donado el usufructo, puede constituirse este derecho á favor de varias personas, simultánea ó sucesivamente; pero esta facultad tiene siempre un límite, como expresan los arts. 640 y 787: el límite marcado en el 781. Sólo puede constituirse usufructo sucesivo en favor de personas que vivan al tiempo de empezar á producir sus efectos la donación, ó cuando los llamamientos se limitan al segundo grado.

Nos referimos al comentario del art. 781, debiendo solamente insistir en que el tiempo del fallecimiento del testador equivale al tiempo de la adquisición del derecho, como expusimos al comentar el art. 469.

Concuerda el precepto del art. 640 con el del art. 949 de los códigos de Francia y Bélgica, 1074 del de Italia, 2738 del de Méjico, 1801 del de la República Argentina y otros.

ARTÍCULO 641

Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero, contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación.

Reversión es propiamente la devolución de una cosa á la persona que la poseía primero. La reversión no tiene nada que ver con la sustitución, por virtud de la cual las cosas pasan de un poseedor á otro, del primer adquirente á un segundo, tercero, etc. Sin embargo, el art. 641 emplea esa palabra en otro sentido, según el cual, la reversión es una nueva ó segunda entrega que puede hacerse de la cosa donada, ya al mismo que la dió, ya á un tercero. Por eso dice que la reversión estipulada por el donante en favor de un tercero, es nula en ciertos casos.

La cláusula de reversión es frecuente en algunas localidades. Establecida en favor del donante, es siempre válida, cualquiera que sea el caso ó las circunstancias de que dependa. Es lo más usual que se estipule la reversión para el caso de morir el donatario antes que el donante, ó de morir sin hijos; pero puede hacerse depender de otra condición, ó simplemente fijarse un término.

También es perfectamente válida y hasta racional la reversión estipulada en favor del donante ó sus herederos. Si la condición de que depende es la muerte del donatario sin hijos, debe tenerse presente que, salvo pacto en contrario, la adopción ó el reconocimiento de un hijo natural realizados con posterioridad á la donación, no equivalen á la existencia de hijos; pues en otro caso, quedaría en manos del donatario la facultad de impedir á su arbitrio la reversión (véase el art. 1115).

Como resultado de lo expuesto, puede deducirse que la donación con cláusula de reversión no es, en suma, más que una donación hasta cierto día, y aun más frecuentemente una donación con condición resolutoria, en las que de un modo expreso se pacta el derecho de volver á adquirir. De otro modo, la reversión al donante ó á sus herederos tiene efecto aunque no se establezca expresamente, siempre que la donación se haga hasta cierto día ó cuando, haciéndose bajo condición resolutoria, esta condición llegue á cumplirse.

Además de la reversión de que se ocupa el art. 641, que podemos llamar reversión *voluntaria ó convencional*, existe otra, establecida por la ley ó *legal*, en favor de los ascendientes respecto á las cosas donadas por ellos á sus hijos ó descendientes, muertos sin posteridad, como veremos al ocuparnos del art. 812.

Reversión en favor de un tercero.—Si la reversión se establece en favor de un tercero, existe una verdadera *sustitución* de donatario, y de aquí que el art. 641 determine que sólo será válida en los casos y con las limitaciones marcadas en el Código para las sustituciones testamentarias (arts. 774 al 789).

Estipulada la reversión de un modo expreso, ó según instrucciones reservadas, ó más allá del segundo grado, ó en favor de varias personas que no vivan al tiempo de empezar á producir efectos la donación; en suma, contraviniendo los preceptos de los artículos citados, la reversión estipulada es nula, sin dejar por eso de ser válida la donación. El precepto del art. 641, en esta parte, sólo puede ofrecer dificultad en el caso que se establezca la reversión ó sustitución en favor de tres ó más personas de las que solamente la primera viva al tiempo de aceptarse la donación. En tal caso no puede pasar del segundo grado. ¿Será nula en absoluto la reversión, quedando como dueño de los bienes donados el primer donatario, ó sólo será nula más allá del segundo grado ó segundo llamamiento? Optamos por la última solución: la reversión es válida dentro del límite que marca la ley, sólo se anula en cuanto traspasa ese límite. La nulidad se declarará, en su caso, por los tribunales en el juicio correspondiente.

Efectos de las donaciones con cláusula de reversión.—El donatario gravado con cláusula de reversión en favor del donante ó sus herederos (pues respecto á lo que entrañe verdadera sustitución nos referimos al comentario de los artículos 774 al 789), puede *disponer* de su derecho, pero sólo en la forma limitada que le corresponde. Llegado el caso de la reversión, las cosas ó derechos han de volver al donante ó dichos herederos en el estado que tenían cuando se hizo la donación, resolviéndose, por lo tanto, todos los derechos constituídos por el donatario del mismo modo que respecto al usufructo establece el art. 480, y aplicándose, para la devolución, en su caso, las reglas marcadas para las condiciones resolutorias en el art. 1123.

La ley Hipotecaria puede modificar la doctrina sentada con relación á terceros adquirentes. Inscrita la finca á favor del donatario sin limitación alguna, y transmitida é inscrita á favor de tercero en igual forma, no tendrá efecto la reversión; pues las acciones resolutorias no se dan contra tercero que haya inscrito su título en el Registro (art. 36), si no consta en éste *explícitamente* la causa de la resolución (art. 37).

No es esto, sin embargo, lo frecuente, pues al inscribirse la donación se hará constar el derecho de reversión establecido en favor del donante ó sus herederos, y al vencer el término ó al cumplirse la condición, procede la resolución del derecho del donatario. A este efecto, téngase presente que, según el art. 16 de la ley Hipotecaria, el cumplimiento de las condiciones resolutorias se hace constar en el Registro por medio de una nueva inscripción, y el incumplimiento, en su caso, por medio de una nota marginal.

La resolución de la Dirección general de los Registros de 8 de Febrero de 1895, declara que, establecida la reversión de una donación en favor del donante ó sus herederos para el caso de que faltase toda descendencia al donatario, al cumplirse la condición por fallecimiento sin sucesión de los hijos del donatario, procede inscribir las fincas donadas á favor de los herederos del donante, previa justificación de su cualidad de tales here-

ros, y sin necesidad de inscripción previa á favor de dicho donante ni de otros sucesores ya fallecidos. También expresa dicha resolución que, para determinar quién tiene derecho á las fincas por virtud de la cláusula reversional, hay que atender al momento de cumplirse la condición (en el caso expuesto, la fecha del fallecimiento del último descendiente del donatario), no habiendo, por tanto, más adquirente que el que siendo heredero del donante vivía en el momento de cumplirse la condición, pues sus causantes y los demás herederos que fallecieron antes de ese cumplimiento, no llegaron á adquirir derecho alguno.

Códigos extranjeros.—Los artículos 951 y 952 de los códigos de Francia y Bélgica, y 1071 y 1072 del código de Italia, en odio á las sustituciones, sólo consienten la reversión en favor del donante, y no en favor de sus sucesores, ni menos de un tercero. El efecto de la reversión consiste en resolver todas las enajenaciones de los bienes donados, y hacerlos volver al donante libres de todo gravamen ó hipoteca, salvo determinada excepción.

ARTÍCULO 642

Si la donación se hubiere hecho imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, sólo se entenderá aquél obligado á pagar las que apareciesen contraídas antes.

ARTÍCULO 643

No mediando estipulación respecto al pago de deudas, sólo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella.

El art. 642 se refiere á una donación condicional más ó menos onerosa. El 643, á las donaciones en general. Uno y otro esta-

blecen la relación entre el derecho del donatario y el derecho de los acreedores del donante; pudiendo decirse que determinan los *efectos de la donación con relación á los acreedores.*

Distingue también el art. 1470 del código de Portugal, entre la donación de ciertos y determinados bienes, y la de la totalidad de ellos. En nuestro Código no existe esa distinción, que nunca sería cierta en absoluto, ya que el art. 634 prohibe la donación de todos los bienes. Los arts. 642 y 643 han de aplicarse, ya se done un objeto determinado, ya todo cuanto sea posible donar.

I.—Donación con obligación de pagar deudas del donante

Ante todo se atiende á la voluntad de las partes, que siempre debe respetarse, aunque mediante ella el acto se convierta en una cesión á título oneroso, demasiado gravosa para el donatario.

Si sólo se impone á éste la obligación de pagar las deudas del donante, sin determinar cuáles sean, el art. 642 declara que el donatario sólo queda obligado á pagar las que aparezcan contraídas con anterioridad á la donación. A este efecto, y en evitación de abusos por parte del donante, dispone el código portugués que las deudas tengan fecha auténtica ó legalizada. No lo expresa así nuestro Código, pero ha de aplicarse la misma regla en virtud de otras disposiciones.

Las deudas constarán en documento público ó privado. En el primer caso no hay cuestión. En el segundo, ha de aplicarse el artículo 1227, según el cual, «la fecha de un documento privado no se contará, respecto de terceros, sino desde el día en que hubiese sido incorporado ó inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, ó desde el día en que se entregase á un funcionario público por razón de su oficio».

Réstanos sólo observar, respecto al art. 642, que aunque el importe de las deudas anteriores sea superior al valor de los bie-

nes donados, el donatario ha de cumplir la obligación que contrajo. El acto podrá, en tal caso, no ser una verdadera donación; pero no por eso obliga menos su cumplimiento, ni cabe rescisión por lesión, por regla general, con arreglo al art. 1293.

II.—Donación hecha en fraude de acreedores

Si el donatario no se obligó á pagar las deudas del donante en absoluto, ó algunas determinadas, no le alcanza responsabilidad alguna por tal concepto, á no ser que la donación resulte hecha en fraude de acreedores. En tal caso se aplica el art. 643.

Este artículo sólo es aplicable á la donación verdadera. La presunción que se establece no consiente otra cosa. Siempre que por la donación se remuneren servicios apreciables en dinero, ó se imponga algún gravamen al donante, existe un equivalente, hasta la concurrencia del cual el donatario no es un adquirente á título gratuito. Por muy respetable que sea el interés de los acreedores del donante, no puede sobreponerse á los derechos adquiridos á título oneroso por un tercero. En tal caso, podrá rescindirse la enajenación si se hizo en fraude de acreedores, mas no regirá la especial presunción establecida en el segundo párrafo del art. 643.

Ténganse presentes los artículos 39 y 40 de la ley Hipotecaria.

La presunción del art. 643 cuando el acto más ó menos disfrazado constituya una verdadera donación, no puede ser más justa. Primero es pagar que donar. El que al hacer donación no se reserva bienes bastantes para satisfacer sus deudas, perjudica sin razón á sus acreedores, ó pretendiendo burlarlos ó favoreciendo á quien nada debe, de un modo irreflexivo. Justo es que la ley prefiera el derecho de los acreedores al del donatario, porque éste sólo deja de ganar y aquéllos reciben un daño real y efectivo.

Por lo demás, es claro: 1.º, que los únicos créditos preferentes son los anteriores á la donación, pues los acreedores poste-

riores no pueden alegar preferencia alguna con relación á los bienes donados que dejaron de pertenecer al donante con anterioridad al nacimiento de su derecho; 2.º, que el donatario sólo responde de las deudas cuyo importe no pudo pagarse con la porción de bienes que el donante se reservó, pues sólo procede la reclamación al donatario cuando los acreedores no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (núm. 3.º del art. 1291).

¿Es ilimitada la responsabilidad del donatario respecto al pago de deudas del donante?—Al rescindirse la donación como hecha en fraude de acreedores, en virtud de la presunción del art. 643, puede ocurrir que el importe de las deudas sea superior al valor de los bienes donados. ¿Responderá, en tal caso, el donatario con sus propios bienes del exceso de ese importe, ó habrá de limitarse su responsabilidad al valor de los bienes que recibió? De esta cuestión nos hemos ocupado en el comentario del artículo 506, y aquí insistimos en la opinión que en aquel lugar defendimos.

Pretendese por varios comentaristas, que de los términos absolutos del art. 643 hay que deducir la responsabilidad ilimitada del donatario. Esta deducción nos parece absurda y falta de fundamento.

¿A qué conducirían todas las facilidades que el Código concede para aceptar donaciones, si éstas pudieran llevar consigo la tremenda responsabilidad que quiere imponérseles á los donatarios? El art. 643 vendría á ser una nota discordante, no sólo en la doctrina general de las donaciones, sino también en toda la materia del derecho civil; pues hasta el heredero, hasta el que debe continuar la personalidad del testador, puede mediante el beneficio de inventario, limitar su responsabilidad, respecto al pago de deudas, al valor de los bienes que adquiere. Y el donatario, sin obligarse á ello, sin compensación alguna, sin tener por qué representar la personalidad del donante, sin sucederle en todos sus derechos, ¿habría de ser la víctima señalada por la ley para ver desaparecer el todo ó parte de su fortuna en aras del derecho de los acreedores de un tercero? Si al no existir la

donación, los bienes hubiesen quedado en poder del donante, ¿hubieran podido pretender los acreedores que Juan, Pedro, ú otra persona extraña cualquiera, pagasen por el deudor créditos que los bienes de éste no alcanzasen á satisfacer? ¿Cómo pretender tal absurdo por el mero hecho de haber mediado una donación? Siendo el fin de la ley evitar el perjuicio de la donación á los acreedores, y consistiendo ese perjuicio en el valor de los bienes donados, ni la ley puede exigir ni los acreedores pretender mayor extensión á su derecho.

Luego si la interpretación del art. 643 no ha de conducirnos al absurdo, habremos de convenir en que las palabras «responderá de las deudas el donatario», sólo pueden extenderse, por muy absolutas que parezcan, hasta que alcance el valor de los bienes donados. Y así es en efecto, y sólo á ofuscación de algunos comentaristas puede atribuirse una distinta interpretación.

Según el art. 643, sólo cuando la donación resulte hecha en fraude de acreedores, responderá el donatario del pago de las deudas del donante. ¿Dentro de qué límite? Esto no lo dice el artículo 643, ni pudo ocurrírsele al legislador, que, sin decirlo, pretendiera dar á su precepto una extensión irracional. Al no expresar ese límite ó extensión el art. 643, hay que buscar la solución, con arreglo al art. 621, en las reglas de los contratos. Y entre ellas encontramos, en efecto, las de los arts. 1291 y siguientes, que han de estimarse aplicables. La única responsabilidad especial del adquirente de *mala fe* de las cosas enajenadas á título gratuito ú oneroso en fraude de acreedores, es la que marca el art. 1291.

¿Cuál es el recurso del acreedor cuando la donación se haya hecho en fraude de acreedores? La rescisión de la enajenación fraudulento, acta válido y que seguiría estimándose como tal si no se obtuviera esa rescisión (art. 1291) ¿Y cuál es el efecto de la rescisión? La devolución de las cosas donadas (art. 1295). Ni dice otra cosa la ley, ni pudo decirlo, ni sería justa si lo dijera. ¿Cuál es, pues, la extensión de la obligación del donatario? El valor de los bienes donados; puede perderlos todos, si todos se

necesitan para pagar las deudas; pero más, no. Sus bienes propios responden á sus obligaciones propias, no á las deudas ajenas. El donatario responde como donatario con el importe de la donación, no como propietario de otros bienes con cuantos le pertenezcan; porque para que la donación deje de ser válida y eficaz, ha de rescindirse, y al rescindirse, el donatario pierde lo que adquirió por ese concepto, pero nada más.

Transmisión de los bienes por el donatario á terceras personas.—Cuando el donatario ha enajenado ó gravado los bienes, según pudo hacerlo, puesto que debía considerarse dueño, esos bienes ó derechos determinados sobre ellos se hallarán legalmente en poder de terceras personas, y si éstas no han procedido de mala fe, la rescisión no tendrá lugar, según el art. 1295: la devolución no será posible, pero podrá reclamarse la indemnización al causante de la lesión. En virtud del art. 643, puede sostenerse que, aun en ese caso, el donatario que obtuvo un beneficio con la donación, y debe haber recibido un equivalente al enajenar los bienes en que consistía, está obligado á indemnizar, ó sigue respondiendo de las deudas en la expresada medida. La ley Hipotecaria, más rigurosa en este punto aun con los terceros que hayan inscrito su derecho, distingue el caso en que la segunda enajenación (la hecha por el donatario) se hiciese á título oneroso ó á título gratuito, y en este caso hace también responsable al tercero. Hay que estudiar los arts. 37 al 41 de dicha ley, poniéndolos en relación con la doctrina no fácilmente adaptable á ella, establecida por el Código en sus arts. 1295 y 1298, y tal estudio no correspende á este lugar, por lo cual todas las cuestiones que nazcan á consecuencia de enajenaciones en fraude de acreedores, serán examinadas cuando directamente tengamos que ocuparnos de esa materia (1).

---

(1) El precepto del art. 643 se establece en interés de los acreedores; por lo cual, las partes no pueden pactar que no ha de responder el donatario de las deudas del donante, pues si éste no se reservó bienes bastantes para pagar, la donación ha de presumirse fraudulenta, y tal pacto no impide la rescisión.

La sentencia de 9 de Abril de 1900 declara que la presunción de fraude que el art. 643 establece, no es limitativa, ni excluye, por tanto, otros medios de probar y estimar el fraude, por lo que si se prueba que lo hubo, y que el tercer adquirente de los bienes fué cómplice, la donación es ineficaz.

Códigos extranjeros.—Según los arts. 945 de los Códigos de Francia y Bélgica, y 1067 del de Italia, es nula la donación que se haga bajo la condición de pagar otras deudas ó cargas que las ya existentes en la época de dicha donación, ó las que taxativamente se expresan en el mismo acto.

Según el Código de Portugal, art. 1470, en la donación de bienes determinados sólo responde el donatario de las deudas del donante cuando esos bienes resulten especialmente hipotecados, ó cuando se haga en fraude de acreedores; en la donación de *todos* los bienes, responde de todas las deudas del donante anteriormente contraídas, salvo declaración en contrario.

Los artículos 2743 al 2745 del Código de Méjico, y los 2625 á 2627 del de la Baja California, repiten el precepto del Código de Portugal; pero tienen buen cuidado de añadir que sólo responde el donatario de las deudas hasta la cantidad concurrente con los bienes donados.

CAPITULO IV

De la revocación y reducción de las donaciones.

Las donaciones son irrevocables; pero como se ha hecho notar en el comentario del art. 618, la irrevocabilidad significa que el donante por sola voluntad no puede deshacer ó dejar sin efecto la donación, siendo éste el carácter distintivo entre las donaciones que producen sus efectos en vida del donante y aquellas que los producen por muerte del mismo.

Mas á esa irrevocabilidad no se opone el que la donación quede sin efecto mediante causas especiales y determinadas. La donación ya perfecta, como dice Chironi, puede anularse á consecuencia de un hecho que dependa de la *voluntad de las partes* ó de la *disposición de la ley*. En el primer caso, se trata de la *resolución;* en el segundo, de la *revocación* de las donaciones.

La resolución de las donaciones depende, por regla general, del cumplimiento de una condición resolutoria, que del mismo modo resolvería actos ó contratos de distinta naturaleza, por lo que no constituye una verdadera especialidad de la donación. Ejemplo de esta resolución presenta el art. 641, al ocuparse de la reversión.

La revocación no es más que la misma resolución fundada en una causa legal.

La revocación deja sin efecto una donación válidamente constituída mediante la existencia de determinados hechos, que para la ley revelan de un modo evidente que el donante, conociéndolos, no hubiera realizado el acto, ó que el donatario no merece la liberalidad de que fué objeto.

Como el derecho romano y las Partidas, el Código admite tres causas de revocación de las donaciones: 1.ª, *por superveniencia de*

hijos (arts. 644 á 646 y 651); 2.ª, *por incumplimiento de condiciones* (arts. 647 y 651); 3.ª, *por ingratitud del donatario* (arts. 648 á 653).

Además de esta revocación del todo de la donación, hay otra, por virtud de la cual, la donación se resuelve en parte ó se reduce. La *reducción* se funda en el precepto del art. 636, y de ella se ocupan los arts. 651 y 654 al 656.

Lógica y natural aparece la revocación fundada en la ingratitud del donatario, porque esta ingratitud demuestra que no solamente no se agradece el sacrificio del donante, sino que se devuelve mal por bien. Lógica y natural es también la revocación fundada en el incumplimiento de condiciones, no sólo por revelar también cierta ingratitud, sino por suponerse que la condición impuesta al donatario va enlazada de tal modo á la donación, que no se concibe ésta sin aquélla. Mas la revocación por superveniencia de hijos, causa admitida por la generalidad de los Códigos y por casi todos los autores, no descansa en una razón tan manifiesta, no aparece tan lóliga ni tan natural.

La revocación por superveniencia de hijos tuvo su origen en una respuesta imperial, según la cual, la donación hecha por un patrono sin descendientes á su liberto debía revertir al patrono cuando tuviese hijos. El uso y la identidad de motivo extendió el precepto á todas las donaciones.

Cuenta San Agustín, que un individuo que no tenía hijos, ni esperanza de tenerlos, hizo donación de todos sus bienes á la Iglesia, reservándose el usufructo; y habiendo tenido hijos más tarde, Aurelio, Obispo de Cartago, aun cuando con arreglo al derecho civil no tenía obligación de devolver la donación, creyó que la equidad hablaba en favor de ese padre, y le hizo restitución de los bienes donados. ¿No es una ley civil excelente y profundamente filosófica, exclama Troplong, la que se muestra tan conforme con la justicia natural?

Según este autor, «el verdadero fundamento de esta causa de revocación es el cariño paternal, que hace suponer que el padre, en vez de donar su patrimonio, lo hubiera reservado para

sus hijos, si hubiese previsto que los tendría. La donación resulta destruída en su causa: la ley presume que toda donación hecha por un individuo sin hijos, está subordinada á la condición prevista y aceptada por el donatario, de que volverá á éste la cosa donada si sobrevienen al donante hijos. La ley habla aquí el lenguaje del amor paternal, vela por los hijos que han de venir, conserva al padre de familia medios seguros para alimentar, educar y dotar los que fueren procreados de su unión».

Chironi, cree que no es ese el fundamento verdadero, sino más bien el derecho que la ley reconoce á la familia legítima sobre el patrimonio de su ascendiente.

Sea uno ú otro el fundamento, convenimos en que la persona que aun no tiene hijos, no sabe ni puede imaginarse lo que es el cariño de un padre; pero no nos parece tal circunstancia motivo bastante para producir la revocación. No cabe en los límites de esta obra una discusión seria sobre el particular, y por ello nos limitaremos á consignar las siguientes observaciones:

a) La revocación no se funda siempre en la equidad. Esta pesa cada caso y cada circunstancia, y unas veces la revocación resultará con arreglo á ella justa, como en el caso presentado por San Agustín, y otras veces resultará injusta, como si mediante ella se despoja de los bienes donados á hijos del donatario, nacidos tal vez al calor de la donación, que quedan sumidos en la miseria.

b) Si se examina la cuestión con relación al donante sola mente, la revocación resulta injusta, porque en realidad vuelven á él los bienes, y nada le impide disponer de ellos y aun donarlos nuevamente á un tercero.

c) Con relación á los hijos del donante, la revocación resulta, ó inútil por lo dicho anteriormente, ó innecesaria, puesto que los hijos, aun nacidos con posterioridad á la donación, tienen siempre, como veremos en su lugar, el derecho de pedir la reducción para recibir completa su legítima, única porción que forzosamente pueden reclamar en la herencia.

d) Con relación al donatario, á los terceros adquirentes y á la

propiedad en general, el perjuicio de la revocación es evidente.

Comprendiendo sin duda estos males, pero sin atreverse á romper con una doctrina generalmente admitida, y que ya existía en nuestra patria, el Código acepta esta causa de revocación; pero ha tenido buen cuidado de suprimir uno de sus mayores inconvenientes. No podrá decirse que los bienes permanecen amortizados ante esa amenaza de resolución, ni tienen motivo los terceros para retraerse de contratar con el donatario. El art. 645 respeta en absoluto el derecho de esos terceros, tengan ó no título inscrito.

Por lo demás, sólo el art. 647 declara nulas las enajenaciones hechas ó los gravámenes constituídos por el donatario respecto á los bienes donados que deben devolverse; pero esto lo hace respetando los preceptos de la ley Hipotecaria, y teniendo en cuenta que los bienes iban afectos al cumplimiento de las condiciones impuestas al donatario.

ARTÍCULO 644

Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos ó legitimados, ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos.

2.º Que resulte vivo el hijo del donante, que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

ARTÍCULO 645

Rescindida la donación por la superveniencia de hijos, se restituirán al donante los bienes donados, ó su valor si el donatario los hubiese vendido.

Si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho á reclamarla del donatario.

Cuando los bienes no pudiéren ser restituídos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación.

ARTÍCULO 646

La acción de revocación por superveniencia de hijos prescribe por el transcurso de cinco años contados desde el nacimiento del ultimo hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

Esta acción es irrenunciable, y se trasmite, por muerte del donante, á los hijos y sus descendientes legítimos.

Estudiamos juntos estos artículos, para presentar unida toda la doctrina referente á esta causa de revocación.

Sirve de precedente la ley 8.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª: «Muévense los omes á las vegadas á fazer donaciones porque non han fijos ni han esperança de los auer. E per ende dezimos, que si alguno por tal razon, diesse á otro, todo lo suyo ó gran partida dello, que si despues ouiese fijo ó fija de su muger legítima, con que casasse despues, que luego que los ha, es reuocada por ende la donación.» La revocación sólo procedía en favor de los hijos legítimos, cuando se hubiesen donado todos los bienes ó una gran parte de ellos, y siendo causa del acto no tener hijos ni esperanza de tenerlos.

El proyecto de Código de 1851, arts. 960 á 962, admitía la revocación en favor de los hijos legítimos y de los legitimados, durando la acción treita años, y siendo transmisible á los hijos y descendientes del donante y á los herederos de éstos. Los actos de enajenación y gravamen realizados por el donatario carecían de eficacia.

I.—DONACIONES Á QUE SE APLICAN LOS ARTÍCULOS 644 Á 646

Toda donación entre vivos, dice el art. 644. Aun sin tal determinación quedarían excluídas, en virtud de lo dispuesto en el ar-

tículo 620, *las donaciones que producen sus efectos por muerte del donante*. Del mismo modo no es aplicable esta causa de revocación á las *donaciones por razón de matrimonio*, sólo revocables en los casos expresados en el art. 1333, ni á las dotes constituídas antes ó al tiempo de celebrarse el matrimonio. Tampoco lo es á las donaciones verdaderamente *onerosas* (art. 622).

Fuera de estos casos de excepción, todas las donaciones, incluyendo las dotes constituídas después de celebrarse el matrimonio (art. 1339), quedan revocadas por superveniencia de hijos; teniendo, sin embargo, en cuenta que en las donaciones con carga sólo hay donación en cuanto al exceso del valor de lo donado sobre el de la carga impuesta y cumplida (art. 622); que algo análogo ocurre en ciertas donaciones propiamente remuneratorias, y que, según costumbre racional, los regalos módicos que suelen hacerse los amigos no merecen, por su escasa importancia, la revocación, aunque pueden considerarse comprendidos en la generalidad del art. 644.

Las donaciones mutuas, ó sean las que se hacen recíprocamente dos personas en un solo acto, opinan los comentaristas que, cuando sobrevienen hijos á cualquiera de los donantes, la reciprocidad de situación se rompe, y la doble donación queda revocada.

También se aplican los arts. 644 á 646 á las condonaciones, á las donaciones indirectas y á las disfrazadas bajo la forma de un contrato oneroso, si se prueba su naturaleza verdadera.

II.—Hijos cuya superveniencia determina la revocación

A) *Su clase.*—1.° Los hijos legítimos (no entendemos incluídos los nietos en las palabras de la ley).—2.° Los legitimados (por subsiguiente matrimonio ó por concesión real).—3.° Los naturales reconocidos.

Quedan, pues, excluídos los hijos naturales no reconocidos, los demás ilegítimos y los adoptivos. Respecto á los hijos de un matrimonio nulo, teniendo en cuenta que quedan bajo el poder y

cuidado del cónyuge de buena fe (art. 70); que el matrimonio sólo produce efectos civiles respecto á ese mismo cónyuge y á los hijos (art. 69), y que la donación en realidad, vuelve al donante y no á los hijos, es opinión admitida que producen la revocación de la donación hecha por el cónyuge inocente, mas no la de la que hubiere realizado el cónyuge de mala fe.

B) Condiciones que han de reunir los hijos para que se produzca la revocación.—1.ª Que *nazcan* después de hecha la donación. Las palabras del art. 644, núm. 1.º, «que el donante *tenga* después de la donación», deben interpretarse, en nuestra opinión, en ese sentido. Si, pues, los hijos habían ya nacido al realizarse la donación, como el donante los *tenía*, no puede pretender que el acto se revoque. Por esto se añade, como abrazando á todas las clases de hijos que se enumeran, «aunque sean póstumos», esto es aunque *nazcan* después de la muerte del donante, siempre, es claro, que tal circunstancia pueda conciliarse con la del reconocimiento ó legitimación. Así se deduce también de la lectura de los Códigos extranjeros.

Como consecuencia de lo dicho:

a) Es necesario que el nacimiento se efectúe en condiciones legales; esto es, que el feto tenga figura humana y viva veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (artículo 30).

b) El hijo *concebido*, pero no nacido, al hacerse la donación, revoca ésta al nacer, si fuere legítimo, ó al ser legitimado ó reconocido si fuere natural: 1.º, porque la ley lo que exige es que nazca después, estuviese ó no concebido; 2.º, porque la presunción del art. 29 no alcanza á este caso, en el cual, de reputarse el hijo nacido, sufriría perjuicio y no beneficio; 3.º, porque en realidad no es seguro el nacimiento del hijo en condiciones legales, ni los padres sienten el mismo afecto hacia el ser que puede existir que hacia el ser que ya existe.

c) Poco importa la muerte del hijo después de producida la revocación de la donación. Ésta quedó sin efecto, y no renace su eficacia, salvo si se vuelve á donar á la misma persona.

2.ª Que los hijos que al nacer no sean legítimos, sean legitimados ó reconocidos. No basta el nacimiento de un hijo natural, si su padre ó madre no lo legitima ó reconoce.

3.ª Respecto á los hijos que se creían muertos, que resulten en realidad vivos. Aquí resulta clara la razón legal. El hijo reputado muerto puede ser también legítimo, ó estar ya legitimado ó reconocido, y no debe existir, al hacerse la donación, otro vivo en igualdad de condiciones. Al hijo perdido se le quiere aun más que al que se conserva. Natural es presumir que el donante no hubiese hecho la donación si hubiera sabido que vivía ese hijo que se creyó muerto.

III —Donantes á quienes se refiere el art. 644

Son aquellos que no tienen, ó creen no tener, al hacer la donación, hijo alguno legítimo ni legitimado por subsiguiente matrimonio.

Se comprende que la donación hecha por quien tenga hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no se revoque por el nacimiento ó la legitimación de otros hijos, porque ya conoce la afección paternal y hubo de pensar en sus hijos al hacer la donación. Se comprende también que el donante que tenga hijos ilegítimos, ó aun naturales no legitimados ni reconocidos, puede pretender la revocacion de la donación por el nacimiento de hijos legítimos, ó de otros naturales que, naciendo después, sean legitimados ó reconocidos, porque al fin, el simple nacimiento de los hijos no legítimos no es causa de revocación, ni basta legitimar ó reconocer á los que nacieron antes. No existirá, en este caso, gran relación entre el fundamento asignado á la revocación (la afección paternal) y la disposición de la ley; pero en definitiva las condiciones no se alteran, ni puede decirse que exista antes lo que más tarde sirve de causa para la revocación.

Pero si el donante tiene hijos naturales reconocidos ó legitimados por concesión real, ¿puede pretender que por el recono-

cimiento ó la legitimación en esa forma de otros hijos naturales que nazcan después de la donación, quede ésta revocada? El nacimiento de un hijo legítimo no producirá ese efecto si ya existía otro con anterioridad, y ¿el reconocimiento de un hijo natural habrá de producirlo aunque ya existiese otro hijo natural reconocido? Esto sería absurdo. La ley ha querido, sí, favorecer al hijo natural, y por eso, á diferencia de otros Códigos, admite que el reconocimiento sea causa de revocación; pero no ha tratado en modo alguno de hacer su condición más beneficiosa que la de los hijos legítimos. Por esto el reconocimiento ó la legitimación por concesión real de un hijo, no puede producir la revocación de la donación hecha cuando ya existía otro hijo legitimado en esa forma ó reconocido.

IV.—Cómo se realiza la revocación.—Efectos

A) Necesidad de armonizar los preceptos de los arts. 644 y 651.— El art. 644 dice que, *por el mero hecho* de ocurrir los casos que expresa, queda revocada la donación. La superveniencia de hijos equivale al cumplimiento de una condición resolutoria legal. Las consecuencias de esta declaración nos llevarían más allá de la realidad, si hubiéramos de interpretar aisladamente el artículo 644. Mas el 651 determina que en el caso de revocarse la donación por superveniencia de hijos, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si el donatario hace suyos los frutos hasta la interposición de la demanda, esto quiere decir que hasta entonces la donación surte todos sus efectos, importando poco que el mero hecho de sobrevenir hijos la revoque, si continúa existiendo como válida. El donatario desconoce la causa de la revocación, y sin duda por esto, así como el Código francés exige la notificación del hecho, nuestro Código, como el de Italia, queriendo partir de una base segura, fija el momento de la interposición de la demanda. Pero si no hay demanda, por allanarse desde luego el donatario, tampoco es justo que éste sea perjudicado desde el nacimiento ó la

legitimación, que puede ignorar mucho tiempo, sino desde que conoce esos hechos, salvo acuerdo de los interesados en contrario.

B) Devolución de bienes.—Con demanda ó sin ella, la devolución de los bienes se hará en el estado en que se encuentren en la fecha expresada, sin perjuicio de los derechos ó de las obligaciones que procedan si existiesen mejoras ó deterioros, aplicándose, en su caso, el derecho de retención por el donatario como poseedor de buena fe (véase el comentario del art. 453). Si se trata de bienes muebles que se deterioran poco á poco por el uso, creemos justa la aplicación del art. 481. Si las cosas se han perdido, atiéndase al art. 1123, en relación con el 1122.

C) Bienes enajenados y gravados.—Pero el donatario ha podido enajenar ó gravar los bienes. En este caso, el art. 645 respeta los derechos de los terceros, aunque no funden su derecho en un título inscrito. El comprador, el permutante, el cesionario ó adjudicatario, etc., no sufren alteración alguna en su derecho, y del mismo modo quedan subsistentes los censos, hipotecas y demás gravámenes impuestos por el donatario, considerado como dueño por la ley. No expresa el art. 645 de un modo detallado estas consecuencias; pero si subsisten, según él, las ventas y las hipotecas, no hay razón para que queden sin efecto otras enajenaciones ú otros gravámenes. La palabra *vender* equivale á *enajenar.*

Enajenados los bienes, el donatario queda obligado á abonar, pagar ó restituir, no su precio, sino su valor. En evitación de dudas, el último párrafo del art. 645 dice que han de apreciarse por lo qne valían al tiempo de hacer la donación, cualquiera que sea la causa de no poder restituirse los mismos bienes, puesto que la ley no distingue, y siempre que no esté exento el donatario de tal responsabilidad, por ejemplo, por haberse perdido la cosa por caso fortuito ó sin culpa alguna (arts. 1105 y 1123).

Los bienes gravados se restituyen con las cargas reales que les afecten. El párrafo segundo del art. 645 da la norma. El donante, así como puede liberar las fincas de la hipoteca que pueda

afectarles, puede, por ejemplo, redimir las servidumbres; pero siempre responde el donatario del valor del gravamen impuesto por él, servidumbre ó hipoteca, censo, usufructo ó nuda propiedad.

Aplicando el art. 645, la Dirección general de los Registros, en resolución de 21 de Mayo de 1896, declara que cuando el donatario transmite á un tercero sólo la nuda propiedad, reservándose el usufructo de la finca que se le donó, si después se revoca la donación por superveniencia de hijos, procede inscribir el usufructo á favor del donante, respetando sólo el derecho transmitido á tercero, que fué el de nuda propiedad.

El art. 645 señala los efectos naturales de la revocación respecto á enajenaciones y gravámenes, atendiendo al momento en que surte efectos esa revocación, y no á una época posterior. Ese momento, como hemos dicho, es el de la interposición de la demanda, por analogía con lo dispuesto en el art. 651, ó el que convengan los interesados si no hay necesidad de acudir á la vía judicial. Los actos de enajenación ó gravamen anteriores á la demanda, son válidos; los posteriores, son nulos por regla general. De aquí que en este caso, salvas las disposiciones de la ley hipotecaria y la doctrina de la prescripción, el donante puede reclamar sus bienes de los terceros adquirentes.

Pero aquí se impone otra distinción: los bienes serán muebles ó inmuebles. En el primer caso, hay que tener presente el artículo 464, porque la posesión adquirida de buena fe equivale al título. En el segundo, los bienes estarán ó no inscritos en el Registro de la propiedad. Si no están inscritos, basta la interposición de la demanda: si lo están, en interés de los terceros con título inscrito, hay que esperar á que esa demanda se anote en el Registro, como expresa para un caso análogo el art. 649, y sería siempre evidente con arreglo á los principios de la ley Hipotecaria, pues los terceros que inscriban antes de esa anotación, ignoran, por regla general, que exista causa de revocació (véase el comentario del art. 649).

V.—Acción de revocación por superveniencia de hijos

Cuando el donatario á quien se notificó la causa de la revocación no se allane á devolver los bienes ó su valor, no hay más remedio que acudir á los tribunales entablando la acción correspondiente. Probado el hecho de carecer de hijos el donante al tiempo de donar, y el nacimiento, legitimación ó reconocimiento posterior, será condenado el donatario, quien, no obstante, se defenderá legítimamente y con éxito cuando pueda justificar que ya existían hijos, ó que los que nacieron después no reunían las condiciones legales, por no ser legítimos ni naturales, no haber vivido veinticuatro horas, existir suposición de parto, etc.

A) *Personas á quienes corresponde.*—Puede ocurrir que el donante no entable la acción y deje al donatario en el tranquilo disfrute de los bienes. Esto nada significa; la causa de la revocación existe, y no por eso renace la eficacia de la donación. El artículo 646 declara la acción irrenunciable, por lo cual, ni debe admitirse la renuncia expresa, ni la renuncia tácita. Para que la donación revocada por superveniencia de hijos recobre su eficacia, es indispensable que después vuelvan á donarse los bienes al mismo donatario.

Muerto el donante sin entablar esa acción, y aun cuando hubiese renunciado á ella, pueden intentarla *los hijos y sus descendientes legítimos* contra el donatario ó sus herederos.

Debemos fijarnos en que la ley no dice que sólo los hijos y descendientes legítimos del donante puedan entablar la acción, sino los hijos del donante y los descendientes legítimos de esos hijos. Los hijos del donante no son sólo los hijos legítimos, sino todos aquellos cuya superveniencia produce la revocación con arreglo al art. 644. No podría comprenderse que viviendo los hijos naturales legitimados ó reconocidos que dieron causa á la revocación ó resolución del actor, éstos, al morir el donante, quedasen sin acción.

Ahora bien: muerto el donante sin entablar la acción, y sin

hijos ni descendientes legítimos de estos hijos, resultará de hecho extinguida por falta de personas con derecho á ejercitarla.

Las demás personas, aun herederos del donante, no tienen esa facultad. Aunque si la revocación existía, el pedir que así se declare por los tribunales debiera ser un derecho de los herederos, comprendemos que no todos los herederos tengan tal derecho, porque muerto el donante y muertas las personas que produjeron la revocación, ésta en realidad carece de objeto.

B) *Duración de la acción.*—Esta acción tiene una naturaleza privilegiada, y aun limita mucho nuestro Código esa duración si se compara con otros.

No dura cuatro años, término fijado en general á las acciones de nulidad ó de rescisión (arts. 1301 y 1299), sino cinco. Ni se cuenta siempre el plazo desde que sobreviene la causa de la revocación que ha de estimarse conocida por el donante, sino desde el nacimiento del *último* hijo, ó desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que se tuvo noticia de la existencia del que se creía muerto.

El supuesto de la ley es éste. La revocación puede provenir según el art. 644: *a*) Por el nacimiento de un hijo legítimo. *b*) Por la legitimación ó reconocimiento de un hijo natural. *c*) Por resultar vivo el hijo que se juzgaba muerto. En el primer caso, el plazo se cuenta desde el nacimiento del último hijo. En el segundo, desde el reconocimiento ó la legitimación. En el tercero, desde que se tienen noticias del hijo.

Así separados los casos y presentándose en la práctica con independencia, no hay cuestión; pero si se presentan varios casos reunidos, ¿cómo se cuenta el plazo? Juan hizo donación á Pedro en 1875; tuvo un hijo legítimo en 1880, y reconoció ó legitimó en 1890 un hijo natural nacido en 1885, muriendo después sin más sucesión y habiendo interpuesto la demanda en 1894. ¿Ha prescrito esa acción?

La cuestión es dudosa. Pedro pretenderá que el plazo se cuente desde el 1880, fecha del nacimiento del único hijo legítimo, ó á lo más, desde el 1885, fecha del nacimiento del último hijo (el

natural). Juan ó sus herederos pueden querer que se cuente desde el 1890, fecha del reconocimiento ó legitimación, último hecho en que la revocación pudo fundarse. Muchas son las soluciones que pueden adoptarse, porque muchas son también las complicaciones que en la práctica pueden presentarse; mas amoldándonos en lo posible al espíritu del art. 646, según queda expuesto, y teniendo en cuenta que, tratándose de la revocación de un acto válido, la interpretación debe ser restrictiva, he aquí nuestra opinión:

El nacimiento del último hijo ha de referirse á los hijos *legítimos*, únicos cuyo nacimiento pueden producir la revocación, toda vez que, aunque los hijos naturales hayan de nacer después de la donación, su nacimiento, por sí solo, no produce ningún efecto. Respecto á estos hijos naturales, el plazo se cuenta desde su reconocimiento ó legitimación, y aun cuando haya varios hijos legitimados ó reconocidos, esa legitimación ó reconocimiento han de ser los que motivaran la revocación, no el *último* de esos actos que se realizó, porque ni es lógico ni lo dice la ley, sino el primero, el que produjo la revocación.

Ahora bien: ¿cuál fué la causa de esa revocación? ¿Fué la legitimación ó el reconocimiento? Pues estos hechos, uno ú otro, el que sea, sirve de punto de partida aunque nazcan después hijos legítimos, porque cuando éstos nacieron ya estaba el acto virtualmente revocado. ¿Fué el nacimiento? Pues se cuenta, según esta regla, por mandato legal, desde el nacimiento del hijo legítimo, aunque después se reconozcan ó legitimen otros hijos, por la misma razón de no ejercer estos hechos influencia alguna en un acto virtualmente revocado.

Mas, ¿á qué tiempo se atiende para saber cuál es el último hijo legítimo que ha nacido? En absoluto, esto no puede saberse hasta la muerte del donante, ó aun después, por la posibilidad de un hijo póstumo; pero sería contraproducente esperar hasta entonces, por la misma inseguridad de si nacerán otros hijos después del primero, ni puede pretenderse que cada hijo motive una revocacion, ó que declarada prescrita una acción con rela-

ción á un hijo, pueda entablarse otra tras un nuevo nacimiento. Hay que atender al tiempo en que se entabla la acción, y en esa fecha, el nacimiento del último hijo. Si han transcurrido cinco años, y por ello se rechaza la demanda. la acción ha prescrito, y ya no hay que hablar de más últimos hijos, ni cabe repetir la pretensión.

Con arreglo á los arts. 1962 y 1963, el plazo fijado para la extinción de la acción se entiende sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio ó derechos reales por prescripción.

Códigos extranjeros.—Son contados los Códigos que no admiten la revocación de donaciones por superveniencia de hijos. Podemos citar los de Holanda, Uruguay. Chile y República Argentina, según los cuales ha de estipularse expresamente esa condición para que produzca efecto. El de Guatemala sólo estima revocada la donación cuando excede de la sexta parte del caudal.

Los demás, en general, aceptan la doctrina de la revocación, pero la limitan al caso de nacer después de la donación hijos legítimos ó ilegítimos, con tal que éstos se legitimen por subsiguiente matrimonio.

Los Códigos de Bélgica y Francia declaran nulas las enajenaciones hechas y los gravámenes constituídos por el donatario. Los otros Códigos siguen doctrina diferente, si bien unos, como el de Italia, atienden al tiempo de la demanda ó de su transcripción para determinar los frutos que han de devolverse y las enajenaciones que deben considerarse subsistentes, y otros, como los de Méjico y Baja California, atienden, con más lógica, á la época del nacimiento.

Por último, los Códigos de Francia, Bélgica, Veracruz, Vaud y Luisiana, fijan como término para la prescripción de la acción el de treinta años, contados desde el nacimiento del último hijo. Los de Méjico y Baja California, el de veinte, desde el nacimiento respectivo, y el de Italia, el de cinco años, como el nuestro, si bien añade que el donante no podrá proponer la acción después de la muerte de los hijos y de sus descendientes, en su caso.

ARTÍCULO 647

La donación será revocada á instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.

En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto á terceros, por la ley Hipotecaria.

Precedentes.—Ley 1.ª, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real: «Magüer que cualquier ome diera alguna cosa á otro, no gela puede despues toller; pero si fuere desconosciente..., ó si gelo dió por alguna cosa fazer y no gelo fizo..., el que dió las cosas puedalas toller á aquel á quien gela las dió; pero si gelo él no quisiere toller, sus herederos no se lo puedan toller ni demandar, pues que aquel que gela dió no gela quiso toller.»

Las Partidas distinguen las donaciones hechas *so condición* (hecho incierto del que depende su eficacia), y las que se hacen con alguna *postura*, imponiendo al donatario alguna limitación ú obligación. De las primeras se ocupa la ley 5.ª, y de las segundas la ley 6.ª, ambas, en el tít. 4.º, Partida 5.ª Son ejemplo de estas donaciones á *cierta postura,* según dicha ley 6.ª, la que se hace á un menestral para que haga al donante cierta obra ó servicio, á un militar para que ayude con su caballo y sus armas, ó á un labrador para que destine cierta cantidad de frutos á redimir cautivos, prestar alimentos, etc. La ley dice: «Por cierta cosa é por señaladas razones se mueuen los omes á las vegadas á fazer donaziones á otros, que si por ellas no se mouiessen, por auentura non farían la donazion.» En tales casos, si el donatario cumple la postura, vale la donación, y si no la cumple, el donante puede «apremiarle que cumpla lo que prometió de fazer, ó desampare la donacion».

Comentario.—El art. 647 sigue los precedentes legales. La

mayoría de los comentaristas confunden ó mezclan esta cuestión con la de las donaciones, cuya eficacia depende del cumplimiento de una condición. Mas es evidente que parten de un error, en que no incurrió ciertamente el Rey Sabio. Las donaciones á que se refiere el art. 647, calificadas de onerosas por Goyena, son eficaces desde luego, aunque puedan revocarse por no cumplir el donatario la obligación que el donante le impuso. Nótese bien la diferencia. Si se tratara de una condición suspensiva, al no cumplirse, no existiría ni hubiera empezado á existir la donación; si se tratase de una condición resolutoria, precisamente el incumplimiento determinaría la consumación del derecho en favor del donatario. Además, en todo caso, cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional es nula (art. 1115), lo cual es absurdo en el supuesto del art. 647. Hay, sí, una condición resolutoria implícita, pero no es la carga impuesta, sino la de que los bienes volverán al donante si dicha carga no se cumple.

Opina Troplong que para que proceda la revocación es necesario que la condición impuesta al donatario sea de algo que interese al donante ó á un tercero, porque si sólo interesase al donatario, el incumplimiento, por su parte, no podría motivar la revocación. No nos convence esa solución. Desde el momento en que hay condición *impuesta*, y el donatario no la cumple, falta á su compromiso. Por ejemplo: se impone al donatario la condición de comprarse un vestido, costearse una carrera, adquirir una finca, crearse una renta, etc.; hay que respetar la voluntad del donante, que precisamente con ese fin ha hecho la donación. Si el donatario no cumple, el donante puede revocar. Solamente cuando de un modo expreso se deje al arbitrio del donatario cumplir ó no cumplir el fin de la donación, ó cuando la condición sea imposible en absoluto, y así haya de comprenderlo el donante como ser racional, puede estimarse la condición no puesta y ser irrevocable la donación.

La revocación de la donación por incumplimiento de condiciones, sólo se realiza á instancia del donante, es decir, querien-

do éste revocar. ¿Pasa la acción á sus herederos? La sentencia de 4 de Marzo de 1872, fundándose en la ley 1.ª, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real, declaraba la acción personalísima, y no transmisible, por tanto, á los herederos.

Dudoso es si hoy debe prevalecer la misma doctrina, como aconsejan los precedentes, la analogía entre este caso y el de ingratitud, y la identidad de palabras empleadas en este artículo y en el 648, en relación con el 653. Nosotros creemos, sin embargo, que la acción es, por regla general, transmisible á los herederos, y que sólo no debe prosperar en el caso en que se pruebe que el donante pudo y no quiso ejercitarla, no presumiéndose nunca esta falta de voluntad. La naturaleza del acto que motiva la revocación, y el servir de reglas subsidiarias las de los contratos (art. 621), nos inclinan á esta solución.

La acción se entablará, en su caso, contra los herederos del donatario, y por su analogía con las acciones rescisorias y resolutorias, estimamos que debe durar cuatro años, contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

En el caso de haberse impuesto varias condiciones al donatario, basta que deje de cumplir alguna para que proceda la revocación. Además, ciertas cargas ó condiciones revisten el carácter de prestaciones periódicas, y en tal caso, no basta cumplirlas durante cierto tiempo, aunque no procederá, naturalmente, la revocación hasta tanto que sobrevenga el incumplimiento. Al efecto, es preciso que el deudor incurra, no en un simple retardo, sino en mora, sobre cuyo extremo nos referimos al comentario del art. 1100.

Si el cumplimiento de la obligación impuesta se hace imposible antes de incurrir el donatario en mora, sin culpa alguna por parte de éste, no procede la revocación. En cambio, si ese cumplimiento se hizo imposible después de incurrir en mora, ó antes, pero por culpa del donatario, procede la revocación.

Efectos.—Los efectos de esta revocación son muy distintos de los que se derivan de la superveniencia de hijos ó de la ingrati-

tud del donatario. La razón de la diferencia es la misma naturaleza de la causa revocatoria. En el caso del art. 647 constan expresamente las condiciones impuestas, y como decía el Rey Sabio, se supone que si el donante hizo la donación, fué por razón de las cargas ó condiciones que impuso al donatario. Al no cumplirse, cesa la razón de la donación; el donatario retiene ilegalmente los bienes en su poder.

De aquí que los actos de enajenación y gravamen hechos por el donatario lleven la misma amenaza de resolución. Los bienes donados vuelven al donante, quedando nulas las enajenaciones y las hipotecas, como dice el art. 647; las cargas, en general, debemos entender. Contra los terceros tiene acción el donante.

Si el tercero no inscribió su derecho en el Registro de la propiedad, rige en absoluto el art. 647, estuviese ó no inscrita la donación. En otro caso, rigen los arts. 36, 37 y 38 de la ley Hipotecaria.

«Art. 36. Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme á lo prevenido en esta ley.

»Art. 37. Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

»Primero. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten *explícitamente* en el Registro.....

»Art. 38. En consecuencia de lo dispuesto en el art. 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya incrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes:

»Primera. Por revocación de donaciones en los casos permitidos por la ley, *excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas* en el Registro.»

Vemos que la doctrina del Código se halla de acuerdo con la de la ley Hipotecaria.

De estos preceptos deducen los Sres. Galindo y Escosura que, «toda condición de cualquier clase que resuelva las donaciones, revocándolas, bien por causa prevista por las leyes, bien

por hechos casuales, bien por culpa ó negligencia del donatario que no ha cumplido las que voluntariamente se impuso, bien á petición del donante, bien á la de un tercero á quien la donación agravie en sus derechos, todas, *si constan en el Registro,* perjudican á tercero.

Y así es, en efecto, como se deduce del art. 37, núm. 1.º La misma superveniencia de hijos y la ingratitud del donatario, si se hacen constar de un modo expreso en el Registro como causa de revocación, resuelve el derecho inscrito de un tercero. No hay otro remedio; los interesados convienen en una condición resolutoria que extinguirá la donación, y la extingue siempre al cumplirse con relación al donatario y con relación á los terceros, porque el derecho adquirido no es absoluto, sino condicional de un modo expreso ó previsto.

Ahora bien: si el tercero tiene inscrito su título, y por no haberse inscrito la donación ó no haberse hecho constar condición alguna, de nada le avisó el Registro, su adquisición se sostiene: no puede resolverse (art. 36).

En este caso, y siempre que el donatario, debiendo restituir los bienes, no pueda hacerlo, se pagará lo que valían al tiempo de hacer la donación, por analogía con lo dispuesto en los artículos 645 y 650, así como cabrá indemnización por los gravámenes impuestos, si en algún caso hubieran de quedar subsistentes.

Respecto á devolución de frutos, véase el art. 651.

Códigos extranjeros.—Todos vienen á aceptar la misma doctrina, exigiéndose en varios que el incumplimiento por el donatario sea intencional ó con culpa, y pudiendo optar el donante entre pedir el cumplimiento de la condición ó la resolución del acto.

ARTÍCULO 648

También podrá ser revocada la donación, á instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante.

2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar á procedimientos de oficio ó acusación pública, aunque lo pruebe; á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.

3.º Si le niega indebidamente los alimentos.

Nada diremos sobre el fundamento de estas causas de revocación, por ser evidente su justicia.

Precedentes.—Introdújose la revocación por causa de ingratitud del donatario en el caso de haberse hecho la donación por un patrono á su liberto; extendióse más tarde á las donaciones hechas por los padres á sus hijos, ó por los ascendientes en general á sus descendientes; y por último, en tiempo de Justiniano se generalizó aun á las hechas en favor de extraños.

Aceptada la doctrina en nuestro derecho, exponían diversas causas de ingratitud como motivo de revocación de las donaciones, la ley 1.ª, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real, y la 10, tít. 4.º, Partida 5.ª

El Proyecto de Código de 1851 no comprendía entre las causas de revocación la de negar alimentos al donante.

Comentario.—Señala el art. 648 tres casos de ingratitud:

Primero. Haber cometido el donatario algún delito contra la persona, la honra ó los bienes del donante. De las palabras de la ley puede deducirse que quedan exceptuados los hechos constitutivos de simples faltas. Todos los que constituyan delito, conforme al Código penal, están comprendidos en ella. Pero no corresponde al donante hacer la calificación del delito; esto corresponde al Tribunal competente, cuya declaración previa será indispensable.

Tratándose de delitos, todos aquellos por los cuales resulte realmente ofendido el donante, revelan ingratitud y son motivo de revocación. No cabe duda, por tanto, que el donatario que comete adulterio con la mujer del donante, incurre en causa de in-

gratitud. La especie de clasificación que comprende el art. 648, no conviene con la adoptada por el Código penal, en el que no se habla de delitos contra la honra. Nosotros, entre los delitos contra la persona del donante, incluiríamos no solamente el homicidio, lesiones, etc., sino también la detención ilegal, el allanamiento de morada, las amenazas y coacciones; en los delitos contra la honra, los que el Código penal califica de delitos contra la honestidad y delitos contra el honor, y en los delitos contra la propiedad, el robo, el hurto, la usurpación, la estafa, el incendio, los daños, etc.; pues la ley no ha querido, en nuestra opinión, excluir delito alguno que realmente revele ingratitud y ofenda al donante.

Segundo. «Imputar el donatario al donante algún delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituídos bajo su autoridad.» La prueba del delito es indiferente; porque la ingratitud no está en la falsa imputación, sino en la imputación misma.

El mero hecho de imputar ó atribuir un delito al donante, aun sin mediar denuncia ni querella, parece bastante para que se revoque la donación. Hubiera sido preferible exigir algo más; pero el resultado es el mismo, porque en todo caso, ó existirá calumnia ó injuria, ó estará en el interés del donante conformarse con la simple imputación; porque la donación podrá revocarla, mas si el delito es cierto, no dejará de sufrir su castigo.

Los dos casos de excepción están bien justificados.

Los delitos de adulterio, estupro, violación ó rapto, calumnia ó injuria, sólo pueden perseguirse por la parte ofendida ú otras personas determinadas. Ellos constituyen la primera excepción. La imputación no puede perjudicar al donante.

La segunda excepción es natural, porque el reconocimiento del donatario no puede llegar al extremo de haber de tolerar los delitos del donante, y aun debiera recibir la excepción mayor amplitud.

Los arts. 259 y 264 de la ley de Enjuiciamiento criminal imponen á todo el que presenciare la perpetración de algún delito público, ó tuviere conocimiento de él, el deber de denunciarlo; y aunque esta regla tiene sus excepciones, ninguna de ellas alcanza al donatario como tal donatario. Sin embargo, no dudamos que esta circunstancia se tendrá en cuenta hasta tanto que sea reformada y se ponga de acuerdo en el Código, en este punto, la ley de Enjuiciamiento criminal.

Tercero. Negar indebidamente alimentos. El donatario niega *debidamente* alimentos al donante, cuando éste en realidad no los necesita, ó cuando existen otras personas legalmente obligadas á alimentarle que *pueden* cumplir esta obligación. En otro caso, el donatario no debe consentir que carezca de lo necesario quien se despojó de parte de sus bienes para hacerle un beneficio; y si lo consintiera, su ingratitud merece el castigo que se le impone. El donante, revocando la donación, recobra lo que fué suyo y obtiene directamente lo que se le niega, á pesar de necesitarlo. Si no hay negativa, no procede la revocación; la negativa puede constar á virtud de requerimiento ó en acto de conciliación.

Siendo esta materia de interpretación restrictiva, no cabe extender los casos de ingratitud más allá del límite marcado en la ley. Los delitos contra la mujer ó los hijos del donante, no pueden colocarse en ninguno de los casos expresados en el artículo 648. Lo mismo ocurre en el Código francés, y no obstante, Troplong opina que constituyen causa de revocación. «¿Qué ofensa puede hacerse, dice, al donante, más grave que injuriar á su mujer ó á sus hijos? ¿Qué pena mayor que ver maltratar á los seres á quienes se ama como á sí mismo? Si el Código ve un caso de ingratitud en el delito cometido contra la propiedad ó los bienes del donante, ¿podría ver con indiferencia el delito cometido sobre la persona de su mujer ó de los hijos?» En efecto, se nota cierto vacío en la ley; mas con arreglo á ella, sólo cabe revocar la donación por delitos cometidos directamente contra la persona del donante, contra su honra ó sus bienes. Podrá ser

que á la honra ó á los bienes del donante afecten los delitos cometidos contra su mujer ó sus hijos, en cuyo caso creemos que deberán apreciarlos los Tribunales como causa de ingratitud para revocar la donación.

La comparación de los casos de ingratitud con las causas de indignidad para suceder (art. 756), ó las causas de desheredación (artículos 852 á 855), nos llevaría demasiado lejos.

Donaciones á que se refiere el art. 648.—Repetimos lo dicho al ocuparnos de la revocación por superveniencia de hijos. Las donaciones por razón de matrimonio sólo se revocan por las causas expresadas en el art. 1333, entre las cuales no se encuentra la ingratitud. Se comprende que hechas esas donaciones más bien á la sociedad conyugal, no sea motivo bastante para despojar á la mujer y á los hijos la ingratitud del marido. Véase, además, el núm. 3.° del art. 73. Expresamente exceptúa de la revocación por causa de ingratitud las donaciones en favor del matrimonio el art. 959 del Código francés.

En las donaciones remuneratorias, aun admitida la revocación, es justo apreciar con generosidad los servicios pretados y deducir su importe, lo mismo que ocurre tratándose de donaciones con carga.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 1902, al estimar como donación la renuncia hecha por un socio en favor de otro, de parte de un sueldo, considera procedente su revocación.

Códigos extranjeros.—Todos admiten esta causa de revocación, variando, no obstante, los hechos que constituyen la ingratitud. Los Códigos que más se separan del nuestro son los de Chile y Colombia (artículos 1428 y 1485), que consideran acto de ingratitud todo hecho del donatario ofensivo para el donante que le hiciera indigno para heredarle, y el Código de Guatemala (artículo 732), que añade como caso de ingratitud el de seducir á la mujer, hija ó nieta del donante, y el de injuriar á sus padres, á su cónyuge ó á sus hijos.

ARTÍCULO 649

Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad.

Las posteriores serán nulas.

ARTÍCULO 650

En el caso á que se refiere el primer párrafo del artículo anterior, tendrá derecho el donante para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda reclamar de los terceros, ó la cantidad en que hubiesen sido hipotecados.

Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

En otra forma los artículos 649 y 650 vienen á repetir la doctrina del art. 645.

El Código equipara los efectos de la revocación de donaciones por superveniencia de hijos y por ingratitud del donatario. En uno y otro caso estima que no existe un motivo previsto de resolución; que previéndolo, el donante no hubiera realizado la donación, y por tanto, que revocándose ésta por hechos posteriores inesperados, los terceros que adquirieron bienes de los donados antes de esos hechos, no están obligados á la devolución. De aquí se deduce que si de un modo expreso se hiciese constar en el acto de la donación, que en el caso de que el donatario realizase alguno de los hechos expresados en el art. 648, ú otros determinados, los bienes volverían al donante, esta condición explícita determinaría por su cumplimiento la resolución de la donación en cuanto al donatario y los terceros, salvas siempre las prescripciones de la ley Hipotecaria, como hemos hecho notar en el comentario del art. 647.

Nos referimos á lo ya expuesto al ocuparnos de los efectos de

la revocación de donaciones por superveniencia de hijos, completando las ideas allí expuestas con la doctrina referente á las anotaciones de demanda.

Anotaciones de demanda.—La lectura del art. 649 indica que el legislador sólo se preocupa de las enajenaciones de bienes inmuebles ó derechos reales sobre los mismos, y aun pudiera añadirse que de las inscritas en el Registro de la propiedad, pues si bien pueden extenderse anotaciones de suspensión por no hallarse inscritas las fincas ó derechos, sus efectos son bastante limitados (sesenta días, prorrogables por otros ciento ochenta).

«Podrán pedir, según el art. 42 de la ley Hipotecaria, anoción preventiva de sus respectivos derechos en el Registro de la propiedad:

»1.° El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, ó la constitución, declaración, modificación ó extinción de cualquier derecho real.»

No se acordará la anotación sino á instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador (art. 43); y previo ofrecimiento de indemnizar al demandado, caso de ser absuelto, los perjuicios que pudieran irrogársele. La providencia acordando la anotación se dictará, si fuere procedente, al admitir la demanda, si se pidió con ella, ó en el término de tercero día, si se pidiese después (art. 41 del reglamento). En este caso, se acostumbra á oir previamente á la parte contraria.

Extendida la anotación, los bienes á que afecta pueden ser enajenados ó gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la autorización (art. 71 de la ley), añadiendo el mismo artículo de la ley del Registro de la propiedad para las provincias de Ultramar, que inscrita la enajenación ó el gravamen, será título hábil para que esas inscripciones se cancelen, un testimonio de la sentencia firme favorable al dominio del demandante que anotó su demanda con anterioridad.

La anotación preventiva avisa á los terceros el peligro de su

adquisición. La anotación de suspensión produce el mismo efecto, mientras subsiste. Siempre debe pedirse esa anotación, porque ella señala el momento desde el cual las enajenaciones ó gravámenes quedarán insubsistentes si se estima la demanda y se obtiene sentencia favorable.

Tratándose de otra clase de bienes, debe atenderse á la fecha de la interposición de la demanda. Aun siendo en los bienes muebles equivalente al título la posesión adquirida de buena fe, el donante que consigue la revocación puede reivindicar los bienes de que ha sido privado ilegalmente (art. 464).

Códigos extranjeros.—En el fondo consignan la misma doctrina. Los Códigos de Francia, Bélgica, Italia, Holanda y Veracruz, atienden al valor de los bienes donados en el momento de la demanda, para exigir su entrega al donatario, cuando no pueden reclamarse de los terceros.

ARTÍCULO 651

Cuando se revocare la donación por alguna de las causas expresadas en el art. 644, ó por ingratitud, y cuando se redujere por inoficiosa, el donatario no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda.

Si la revocación se fundare en haber dejado de cumplirse alguna de las condiciones impuestas en la donación, el donatario devolverá, además de los bienes, los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición.

La diferente naturaleza de la causa de la revocación motiva la diferente solución que adopta el art. 651, según que se trate de incumplimiento de condiciones ó de otra causa distinta. Fijar la fecha desde la cual han de devolverse en cada caso los frutos, equivale á declarar que hasta ese momento (ó el de la anotación de la demanda en su caso) surten las donaciones todos sus efectos como si no existiese motivo de revocación, aunque realmente exista.

Nada debemos añadir á lo expuesto en el comentario de los artículos 645 y 647. El precepto que nos ocupa creemos no ha de motivar dudas ni dificultades.

ARTÍCULO 652

La acción concedida al donante por causa de ingratitud no podrá renunciarse anticipadamente. Esta acción prescribe en el término de un año, contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

ARTÍCULO 653

No se transmitirá esta acción á los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado.

Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, á no ser que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Prescripción.—La acción de revocación por causa de ingratitud tiene cierto carácter penal. De aquí el término breve fijado para su prescripción. Se supone que el donante ofendido ha de apresurarse á demostrar su voluntad de recobrar los bienes que dió al ingrato, y que, si deja transcurrir un año desde que tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción, es que ha olvidado la ofensa ó ha querido perdonarla.

A los tribunales corresponde apreciar, según el resultado de las pruebas, cuándo el donante tuvo ó no posibilidad de ejercitar la acción, una vez conocido el hecho.

Renuncia.—La ley prohibe renunciar anticipadamente la acción; mas al dejar en manos del donante la facultad de revocar ó no la donación, consiente la renuncia posterior al hecho. Si el donante perdona expresamente la ingratitud, si ejecuta la donación aun conociendo el motivo para revocarla, si, en fin, deja transcurrir un año, salvo imposibilidad, se entiende que renuncia la acción, y la donación queda firme, mientras otro motivo,

por ejemplo, una más grave ingratitud, no venga á mover y excitar de nuevo su voluntad.

Transmisibilidad.—El hecho que revela la ingratitud es personalísimo del donatario. La muerte borra todas las ofensas. Por esto el art. 653 no consiente que la acción se ejercite contra los herederos del culpable. Sólo permite continuar contra ellos el procedimiento, cuando al tiempo de morir el donatario estuviese ya interpuesta la demanda.

La ley no podía mostrarse tan rigurosa con los herederos del donante. Considerar la acción intransmisible en todo caso, hubiera sido absurdo. Si el delito del donatario consiste en el asesinato ó el homicidio del donante, en lesiones que ocasionen la muerte, ó en hechos que precipitan el fin de su existencia, su acción no puede quedar impune, ni bastaría el castigo de su delito si había de conservar los bienes que le fueron donados. En tales casos pueden los herederos del donante pedir la revocación.

Para que la acción no sea transmisible, con arreglo al artículo 653, es necesario que el donante, pudiendo, no la hubiese ejercitado. El donante es el llamado á apreciar los hechos del donatario; si él pudo, y llevando al extremo su generosidad, no quiso que la donación fuese revocada, sus herederos no pueden ser más rigurosos que él, ni, movidos tal vez por el interés, deben intentar un castigo que su causante abandonó. Cuando conste la renuncia expresa, ó tácita, pero clara, del donante, los herederos no pueden ejercitar la acción. Pero si el donante muere antes del año que le concede la ley, sin renunciar en modo alguno su derecho y sin interponer la demanda, ¿podrán interponerla dichos herederos dentro del plazo que falta por transcurrir?

La cuestión para nuestro Código no está en el tiempo transcurrido, sino en la posibilidad del donante antes de morir. Claro es que si la acción hubiese prescrito, no podrían ejercitarla ni donante, ni menos aún sus herederos. Por lo mismo, inútil sería la prohibición del art. 653, si en todo caso la acción se transmitiese á los herederos por el hecho de morir el donante antes del

año. Si éste no ejercitó la acción y pudo hacerlo sin inconveniente alguno, aun muriendo al mes de conocer el hecho, los requisitos del art. 653 se cumplen, y la acción no es transmisible. Esta es una cuestión de hecho que apreciarán en cada caso los tribunales: la enfermedad, la locura, la ausencia en tierras lejanas, ocupaciones urgentes, el estado de guerra, de epidemia, etc., han de tenerse en cuenta, así como los actos realizados por el donante y expresivos de su voluntad, más ó menos decidida, de revocar la donación. Si el donante muere á los pocos días de celebrar acto de conciliación con el donatario con dicho objeto, debe presumirse que la muerte le sorprendió antes de poder realizar su intento.

Ahora bien: si el donante muere sin conocer el hecho, evidentemente no pudo ejercitar la acción, y sus herederos, según el tenor literal del art. 653, podrán intentarla en todos los casos en que dicha acción se transmita á los herederos, el plazo para ejercitarla y el punto de partida serán los señalados en el art. 652 El año empezará, por tanto, á contarse desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad; y si él lo ignoró, desde que fué conocido por los herederos.

El donante que entabla la acción criminal y no la acción civil, pudiendo intentar ésta al mismo tiempo, se presume que la renuncia. ¿Pudo ejercitarla y no lo hizo? La acción no pasa á los herederos.

Códigos extranjeros.—Fijan también el término de un año para la prescripción de la acción, si bien suele contarse desde que el donante tuvo conocimiento del hecho. Según los artículos 1060 y 1061 del Código de Sajonia, la acción puede intentarse contra los herederos del donatario; pero sólo pasa á los herederos del donante cuando éste haya declarado su voluntad de revocar, ó cuando el delito consista en la muerte del donante. Según el art. 734 del Código de Guatemala, no pasa á los herederos la facultad de revocar la donación. Los demás Códigos admiten, por regla general, la transmisibilidad con ciertas limitaciones.

ARTÍCULO 654

Las donaciones que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos.

Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en este capítulo y en los arts. 820 y 821 del presente Código.

ARTÍCULO 655

Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho á legítima ó á una parte alícuota de la herencia, y sus herederos ó causahabientes.

Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento á la donación.

Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto, no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella.

ARTÍCULO 656

Si, siendo dos ó más las donaciones, no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.

Precedentes y fundamentos.—Para apreciar la importancia de la donación, podría atenderse al momento de hacerla ó al momento de la muerte del donante. El art 654 acepta el pensamiento de la ley 29 de Toro: «Pero las otras donaciones que se ficieren á los hijos, mandamos que para se decir inofficiosas se aya consideración á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.» (Véase el comentario del art. 636.)

La disposición del art. 654 tiene un fundamento racional y jurídico. Hasta la muerte del donante, ni puede apreciarse si existen ó no personas con derecho á legítima, ni saberse el importe de éstas. El aumento ó disminución de los bienes desde el momento de la donación hasta el de la muerte, la existencia ó no existencia de deudas y su mayor ó menor importe, el nacimiento de hijos legítimos, el reconocimiento de los naturales, la legitimación, la muerte de ascendientes ó descendientes, y hasta el segundo matrimonio, determinando en ciertos casos la asignación de legítima en el tercio libre, harían la disposición de donación tan instable é insegura en sus límites, que, en rigor, debiera estar oscilando continuamente, y seguir paso á paso la variación del caudal y las especiales circunstancias del donante. Agréguese á esto la casi imposibilidad de hacer un inventario exacto del activo y pasivo de los bienes del donante cada vez que hubiera de hacerse una donación, y la necesidad de investigar la fortuna de cada cual para ver si cabía ó no lo donado en la porción disponible. Sobre todo, el art. 654 descansa en un fundamento jurídico de capital importancia: las personas en cuyo favor se establece la limitación no adquieren derecho hasta el momento de la muerte. Mal podrían pedir antes la reducción.

Por esto, la Resolución de 16 de Noviembre de 1888 declaró ya antes de regir el Código, inspirándose en la ley 29 de Toro, que sólo pueden reclamar contra la donación inoficiosa los herederos del donante y con arreglo al valor de los bienes en el momento de la muerte: doctrina confirmada por el art. 654 del Código y aplicada en la Resolución de 21 de Agosto de 1893, cuyos considerandos hemos transcrito en el comentario del art. 634.

Personas que pueden pedir la reducción de las donaciones.—El artículo 655 determina las personas á quienes corresponde la acción de redución, que son:

1.° *Los legitimarios* ó herederos forzosos (art. 807); 2.° *Sus herederos ó causahabientes.* Todos los legitimarios tienen derecho á una parte alícuota de la herencia: de modo que estas palabras del artículo podrían entenderse en ese sentido; pero al añadirse

después en el párrafo tercero que los acreedores, los donatarios y los legatarios *que no lo sean de parte alícuota*, no podrán pedir la reducción, parece desprenderse que pueden pedirla todos los que tienen derecho á una parte alícuota de la herencia, sea en concepto de herederos ó de legatarios. ¿Es esto cierto?

Si estudiamos el art. 636, base de los que examinamos, y los arts. 818 y siguientes del mismo Código, nos convenceremos de que existe en el 655 un error que sin duda ha pasado inadvertido. Pueden donarse en vida todos los bienes que pueden dejarse en testamento. Luego si no existe persona alguna con derecho á legítima, salva la limitación de los arts. 634 y 635, es válida la donación de todos los bienes; el heredero voluntario, el legatario de parte alícuota recibirán lo que quede, si queda algo. ¿En qué podrían fundar su preferencia sobre los donatarios para pedir la reducción? Esa preferencia no existe: el testador no pudo disponer de toda aquella porción de sus bienes que la ley reserva, aun contra su voluntad, para los herederos forzosos; esa porción no es suya, es de los legitimarios, y esta es la razón de que los legitimarios puedan pedirla, esté donde esté. Mas la porción libre es del donante, y si éste dispuso de ella en vida, no puede volver á disponer para después de su muerte, porque esto equivaldría á poder revocar á su arbitrio un acto que es por su naturaleza irrevocable, ó á enajenar dos veces una misma cosa. Luego los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota no pueden pedir la reducción. Luego ese derecho sólo corresponde en principio á los legitimarios.

Ahora bien: ¿pueden todos los legitimarios pedir la reducción? Más claro: *los hijos nacidos después de la donación ó el cónyuge que se casa con posterioridad á la misma, ¿puede pedir la reducción?*

Esta cuestión se relaciona con la siguiente, más propia y oportuna en el comentario del art. 818. ¿Qué donaciones son las que han de computarse como colacionables ó agregables al caudal del causante? Para resolverla, basta penetrarse del espíritu del art. 654. Éste, al señalar el momento de la muerte, no sólo

tiene por objeto apreciar el caudal entonces existente, sino con preferencia á eso, ver si las donaciones son inoficiosas, y sólo pueden serlo cuando existan personas con derecho á legítima. No hay que volver la vista para nada al tiempo de la donación. Si existían ascendientes, descendientes ó cónyuge en ese tiempo, y han desaparecido en la época del fallecimiento, la donación, en rigor inoficiosa al tiempo de hacerla, se sostiene íntegra, porque nadie puede llamarse heredero forzoso hasta que haya sucesión ó herencia, y no hay sucesión hasta el momento de la muerte. En cambio, si el donante carecía de ascendientes, descendientes y cónyuge al hacer la donación, pero existen al morir, hay sucesión, hay legítimas y hay derecho á la reducción. Si lo primero es lógico, también tiene que serlo lo segundo.

Podrá decirse que la ley es injusta, porque las donaciones cuando se hicieron recaín en bienes de que el donante podía disponer libremente; los bienes salieron de su poder, y mal podrían alegar derecho sobre ellos seres que aun no existían en aquella época, como los hijos nacidos después, que, á mayor abundamiento, pueden hacer revocar la donación (art. 644). Esto último sólo podrá probar que la revocación por superveniencia de hijos es innecesaria. Por lo demás, la ley tenía que dictar una regla fija, y la adoptada, única posible, comunica á todos los donatarios el carácter de poseedores, ó si se quiere, dueños condicionales. La consolidación ó extinción de su derecho depende de estas dos circunstancias: 1.ª, que existan ó no al morir el donante personas con derecho á legítima en su sucesión; 2.ª, que haya ó no en la misma época bienes bastantes para pagarles, teniendo en cuenta las deudas y las donaciones.

Fácil es demostrar que no podía ser de otra manera. Supongamos, sino, una solución distinta, aun apreciando los bienes en el momento de la muerte. Podrían pedir la reducción los descendientes, ó los ascendientes, ó el cónyuge que ya existiesen cuando se hizo la donación, pero no los hijos nacidos, legitimados ó reconocidos después, ni el cónyuge que se casó con poste-

rioridad. Se colacionarían sólo las donaciones hechas cuando ya existía alguna persona con derecho á legítima. La donación hecha por el donante después de casado y antes de tener hijos, podría reducirse á instancia del cónyuge, y no á instancia de los hijos. ¿Y hasta qué límite?, ¿con arreglo á la legítima del viudo, con ó sin ascendientes del causante, ó con relación á su legítima en concurrencia con descendientes? La lógica exigía lo primero; pero eso es imposible.

Deduzcamos por consiguiente: *a*) Que todas las personas que tienen derecho á legítima pueden pedir la reducción, aunque, por otra parte, tengan la facultad de revocar la donación ciertos hijos por su superveniencia; *b*) Que todas las donaciones son agregables al efecto de computar las legítimas, cualquiera que sea su época ó la situación del donante cuando las hizo.

Nótese la especialidad de la situación de los legitimarios. Los herederos, en general, deben respetar los actos de su causante. El legitimario, con relación á las donaciones, no sólo no las respeta, sino que puede anularlas ó reducirlas. No deben la legítima al causante: la deben á la ley; luego si dicho causante les despoja, la ley les reintegra, viniendo á ser de este modo acreedores privilegiados en la testamentaría, y contradictores de su ascendiente, descendiente ó cónyuge, que lejos de guardar su patrimonio, irreflexiva ó inconsideradamente se lo arrebató.

La acción puede transmitirse á los herederos y á los causahabientes en general de los legitimarios, como expresa el art. 655. En efecto: por muerte del causante y aceptación del legitimario, éste adquiere un derecho que, como adquirido, puede transmitirse; con el derecho á la porción de bienes que constituye la legítima, va en su caso la acción para pedir la reducción de las donaciones.

Renunciando el legitimario la legítima, carece de acción para pedir la reducción. Mas hay que tener presente la disposición del art. 1001, que sin distinguir entre herederos voluntarios ó forzosos permite á sus acreedores pedir al juez que les autorice para aceptarla en nombre del heredero cuando éste hubiere re-

pudiado la herencia en perjuicio de aquéllos. En tal caso los acreedores podrán pedir la reducción como causahabientes del legitimario.

Renuncia de la acción.—Consecuencia del principio de que el derecho á la legítima no nace hasta la muerte del causante, es también el precepto del párrafo segundo del art. 655, que, de acuerdo con el 816, prohibe renunciar la acción de reducción en vida del donante. Muerto éste, con testamento ó sin él, la cuestión varía. El legitimario, como todo heredero, ha de expresar su voluntad de aceptar ó repudiar la herencia. Aun aceptándola puede renunciar expresa ó tácitamente el derecho de pedir la reducción de las donaciones. Si, por ejemplo, la donación se constituyó desde cierto día ó con condición suspensiva, y el plazo llega ó la condición se cumple después de morir el donante, la *ejecución* de la donación por el legitimario debe estimarse como una renuncia á pedir que se reduzca. El no ejercicio de la acción es una renuncia tácita, pero exige el transcurso del plazo para prescribir.

Naturaleza de la acción. — No expresa el Código el plazo de duración de la acción, ni las personas contra quienes puede intentarse, ni detalla los efectos de la acción con relación á terceros.

Solamente el art. 651 determina que el donatario, en caso de reducción, no devolverá los frutos sino desde la interposición de la demanda. El equiparar dicho artículo el caso de reducción en donaciones por inoficiosas al de revocación por causa de ingratitud ósuperveniencia de hijos, parece indicar que el criterio legal es el mismo que informan los arts. 645, 64[illegible] y 650. Se trata, en efecto, de la rescisión de un acto válidamente celebrado, y con arreglo al art. 621 deben estimarse aplicables los artículos 1294, 1295 y aun el 1299. El plazo debe contarse desde el día de la muerte del donante, por ser entonces cuando nace el derecho de los legitimarios á pedir su legítima, y con ella la reducción de las donaciones. La acción procede contra el donatario ó sus herederos, pero no contra los terceros adquirentes de los

bienes, cuyas adquisiciones deben estimarse válidas hasta la fecha de la interposición de la demanda, ó la anotación, en su caso, en el Registro.

Cuándo procede la reducción y modo de hacerla.—Para apreciar si procede ó no la reducción, ha de tenerse en cuenta que, deducidas del valor de los bienes existentes al tiempo de la muerte del causante las deudas y cargas no impuestas en el testamento, el rematante (si existe) de estos bienes, unidos al importe de todas las donaciones, constituye el haber de que dicho causante pudo disponer. El importe de las donaciones se agrega ficticiamente, calculándose por el valor de los bienes en la época en que fueron donados (art. 1045). Conocido el haber total, se fijan las legítimas. Si existen ó se conservan bienes bastantes para pagar esas legítimas, no procede la reducción. En otro caso, las donaciones fueron en todo ó en parte inoficiosas, y deben reducirse. El art. 819 lo expresa claramente: «Las donaciones hechas á extraños se imputarán á la parte libre de que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosos ó excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes.»

Siendo los legados, las donaciones *mortis causa* y aun la porción de herencia voluntaria disposiciones gratuitas de bienes, como las disposiciones entre vivos, se deduce lógicamente y así lo establece la ley:

1.º Que las donaciones entre vivos, como anteriores, se prefieren á todas las disposiciones voluntarias por causa de muerte, por lo que dice el art. 820 que se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo ó anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento.

2.º Que siendo dos ó más las donaciones, siempre se empezará la supresión ó reducción, en cuanto al exceso, por las de fecha más reciente (art. 656). En las donaciones hechas en el mismo día se atenderá á la hora ó á la anterioridad, si consta, ó á la voluntad del donante manifestada al donar, y, en otro caso se reducirán á prorrata.

3.° Por la fecha de la donación debe entenderse la de la disposición, no la de la ejecución.

4.° Son, en su caso, aplicables á las donaciones el art. 821, completado por el 822 y el núm. 3.° del 820.

5.° Si el donatario que debe restituir todos los bienes ó parte de ellos resulta insolvente, opina Troplong que procede reducir la donación que á aquélla preceda en orden, y así sucesivamente. Podría defenderse la opinión contraria; pero, en efecto, parece la expresada la más conforme con el criterio legal, que en todo caso prefiere el derecho de los legitimarios al de los donatarios. Ahora bien: la equidad en ese caso aconseja que se prescinda del importe de aquella donación para el cómputo de la legítima, considerando las bienes en que consistía como no existentes en el patrimonio del difunto.

6.° Si con posterioridad á la reducción apareciesen otros bienes propios del donante ó causante, podrá el donatario pretender que se le devuelvan los que, bajo un equivocado supuesto, tuvo que entregar.

Efectos de la reducción con relación á los acreedores.—El artículo 655 resuelve en justicia una cuestión interesante para los acreedores del donante, al decir que no pueden *aprovecharse* de la reducción.

Las donaciones fraudulentas, como hemos dicho, pueden rescindirse á instancia de los acreedores cuyos créditos sean anteriores á ellas; mas los acreedores posteriores carecen de toda acción para cobrarse con bienes que, al nacer sus créditos, habían salido ya del poder del donante.

Al ocurrir el fallecimiento del deudor, todos los bienes que deja de su pertenencia, todos los que no han salido de su poder responden al pago de sus deudas. Primero es pagar que heredar, y, sancionado este principio, dispone el art. 818 que para fijar las legítimas se atenderá al valor de los bienes que quedaren á la muerte del testador, con deducción de las deudas. No existen, pues, ni aun legítimas mientras haya créditos que satisfacer. Pero los acreedores no pueden exigir más; si los bie-

nes existentes no alcanzan á pagarlos por completo, ellos no pueden pedir la reducción. Entre el donatario y el legitimario, la ley prefiere al legitimario; entre el donatario y los acreedores posteriores, la ley prefiere al donatario.

Por esto el importe de las donaciones sólo se agrega después de deducidas las deudas. Mientras los bienes que queden sean bastantes para el pago de los créditos, el resultado es el mismo; mas si es mayor el pasivo que el activo, el resultado es muy distinto. Ejemplo: Bienes existentes, 30.000 ptas.; deudas, 40.000; donaciones, 30 000. Si en este caso se agrega el importe de las donaciones á los bienes existentes, y después se deducen las deudas, queda un caudal de 20.000 pesetas para fijar las legítimas, y los acreedores, aun sin poder pedir la reducción de esas donaciones, se aprovecharían de ella. Con el sistema de la ley esto no es posible; puesto que los bienes existentes son 30 000, sólo hasta esta cantidad pueden hacer efectivos sus créditos los acreedores. Los legitimarios, á quienes nada queda, pedirán la reducción de las donaciones en cuanto sean inoficiosas, si hay hijos, en cuanto á 20.000 pesetas, y las 10 000 restantes, como porción de libre disposición, quedan en beneficio de los donatarios. Así los acreedores no se aprovechan de la reducción.

Pero el heredero que acepta la herencia pura y simplemente responde con sus propios bienes de las obligaciones de su causante. Las cosas donadas entran en parte en el patrimonio del legitimario, mediante la reducción de las donaciones. Luego indirectamente los acreedores podrán aprovecharse de esa reducción. En primer lugar, esto sólo ocurrirá respecto á las deudas no conocidas al tiempo de liquidar la herencia del causante. En segundo lugar, se evitaría por completo con la aceptación á beneficio de inventario. Y sobre todo, el precepto del art. 655 ha de respetarse siempre, porque la ley no quiere que en caso alguno el donatario pueda ser despojado de algo en beneficio de acreedores cuyos créditos sean posteriores á la donación. Luego si el legitimario no tuviese más bienes que los que obtu-

vo por la reducción, el acreedor no podría pretender cobrarse con ellos.

De todo se deduce que al donatario le perjudican realmente las deudas del donante posteriores á la donación, pero le perjudican en beneficio de los legitimarios, y nunca de los acreedores, que cobrarían lo mismo con la reducción que sin ella.

Los donatarios y los legatarios, sean ó no de parte alícuota, tampoco pueden aprovecharse de la reducción, salvo si son al mismo tiempo legitimarios.

Deliberadamente prescindimos de otras cuestiones que alargarían el comentario.

Códigos extranjeros.—Admiten esta limitación de las donaciones, y desenvuelven en forma análoga la doctrina referente á la misma.

TÍTULO III

DE LAS SUCESIONES

INTRODUCCIÓN

CONCEPTO JURÍDICO DE LA SUCESIÓN

Dos son las acepciones que con harta impropiedad ha tenido en el tecnicismo jurídico la palabra *sucesión*, entendiéndose por ella, en uno de dichos conceptos, la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, y en otro, la universalidad ó conjunto de los bienes, derechos y obligaciones transmitidos por alguna de las formas de suceder admitidas en derecho.

De dichas acepciones, la más propia y adecuada á la materia objeto del presente título, es la primera de ellas, toda vez que en el mismo se trata de la sucesión como uno de los modos de adquirir la propiedad.

Esta es también la más conforme á su sentido ó significación etimológica, pues suceder, tanto quiere decir como sustituir, subrogarse ó ponerse una persona en lugar de otra.

Varios han sido los motivos que en el sucesivo desenvolvimiento del derecho histórico justificaron la admisión de este modo de adquirir; pero perfeccionadas con el curso del tiempo las instituciones, bien pronto quedaron reducidos dichos motivos á uno sólo, ó sea, á la muerte, como única causa capaz de producirla. Así es que aun cuando en el antiguo derecho romano se conocieron verdaderas sucesiones en vida, desde que éstas fueron abolidas por Justiniano sólo quedó para siempre como exclusiva la sucesión por causa de muerte, que es á la que se refiere el Código en el título que vamos á examinar.

Para dejar bien determinado el concepto, conviene distinguir cuidadosamente la sucesión de la herencia, á fin de no incurrir en el error comúnmente seguido, de confundir dichos términos, como lo hacía el proyecto de Código civil de 1851, que llamaba herencia á este modo de adquirir, ó como lo hacen aun algunos Códigos extranjeros, entre ellos el de Uruguay, que llega hasta considerarlos anónimos.

Herencia es la universalidad ó el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que ha fallecido; y *sucesión*, el modo legal por virtud del cual se transmite la herencia á las personas que sobreviven al difunto.

El carácter distintivo de la sucesión, es, pues, el ser modo por el que se transfiere la personalidad jurídica de un individuo, que ha fallecido, á sus herederos. Como tal modo de adquirir es universal y derivativo en cuanto reconoce como causa la muerte, de la que se deriva.

En tal sentido, podemos definir la sucesión como lo ha hecho ya algún autor diciendo: que es el modo legal por el que se adquieren los bienes, derechos y obligaciones que en vida correspondieron á una persona.

Réstanos indicar tan sólo, que si bien, como derivado de la muerte, este modo de adquirir requiere, para que se dé lugar al mismo, el fallecimiento de la persona que ha de ser sucedida, puede, sin embargo, abrirse la sucesión por consideración á ella en el caso de presunción de muerte, aunque sólo de una manera condicional, como puede verse en los comentarios á los artículos 193 y 194.

La sucesión puede ser testada ó intestada, según la forma en que se transmita. Se defiere, conforme al art. 658, por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y á falta de éste, por disposición de la ley: he aquí las dos formas que siempre ha revestido, y de ellas se ocupa con la amplitud debida el Código en los cuatro primeros capítulos de este título.

El principio es común á todas las legislaciones, pero el sistema seguido para su desarrollo no ha sido siempre el mismo,

y de aquí que convenga exponer por separado algunos precedentes hitóricos de la institución que vamos á examinar, para comprender mejor todo el alcance é importancia de la reforma introducida en la materia, así como la razón de dicha innovación.

Con tal objeto, dividiremos, pues, esta introducción en tres partes. á saber: 1.ª, reseña histórica, 2.ª, ligera exposición de las reformas introducidas en nuestro antiguo derecho por el Código civil, y 3.ª, crítica de dicha reforma.

Estudiada en esta forma la materia, podremos ser en extremo breves y lacónicos en los comentarios al articulado, limitando el objeto de los mismos á la razón del precepto legal y á la más clara inteligencia de sus disposiciones.

PARTE PRIMERA

RESEÑA HISTÓRICA

El derecho romano, por la especial constitución de aquel pueblo, estableció como primeros y esenciales caracteres de la sucesión por causa de muerte la universalidad, la unidad y la indivisibilidad, según los que era considerado el heredero como el continuador de la personalidad jurídica del finado. De estos principios eran consecuencia necesaria, entre otras reglas, la incompatibilidad entre la sucesión testamentaría y la legítima, que dió lugar á la máxima jurídica que jamás permitió romper aquella legislación: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest;* así como la de que el heredero, una vez adida la herencia, no podía dejar de serlo (*semel hœres semper hœres*) y la importancia dada á la institución de heredero la cual era *caput et fundamentum totius testamendi*, hasta el punto de que si la institución no prevalecía, el testamento tampoco podía prevalecer; y si bien con el tiempo se relajó algún tanto el rigor de estos principios, siempre quedó como doctrina invariable que el testamento no podía subsistir sin la institución de heredero.

Las leyes de Partidas trajeron á nuestro derecho la mayor

parte del sistema sucesorio de la legislación romana; pero bien pronto frente á este sistema se estableció el que pudiéramos llamar propiamente *nacional*, introduciéndose en el siglo XIV, con la publicación del Ordenamiento de Alcalá, la reforma más radical en esta materia que á la sazón pudiera esperarse; reforma comparable sólo con la trascendental establecida por el mismo Ordenamiento en cuanto á la contratación, permitiéndose, á partir de ella, la mezcla y compatibilidad de las sucesiones testamentarias y legítimas, ó sea que pudiera el causante de una sucesión morir parte testado y parte intestado, y estableciéndose el principio de que la falta de institución ó de adición por parte del instituído no invalidaría el testamento, pues éste habría de valer y ser cumplido en cuanto á las mandas y demás cosas que en él se contuvieren, según la ley 1.ª, tít. 19 de dicho cuerpo legal, pasando entonces la herencia á aquel que, conforme á derecho y costumbre de la tierra, debiera heredar en caso de que el testador no hubiere testado.

A virtud de las reformas sucesivamente introducidas en el antiguo derecho, la testamentifacción, tanto activa como pasiva, dejó de ser facultad de derecho público y privativa del ciudadano para convertirse en derecho privado y común á todas las personas *sui juris*, y desapareció igualmente el principio de la universalidad de la herencia, que, con la necesidad de la institución y la adición, constituían la base principal y esencialísima del régimen romano.

Inspirada nuestra legislación, á partir desde entonces, en el único propósito del respeto á la voluntad, ya expresa, ya presunta, del causante, admitió, como todos los Códigos, dos clases de sucesiones: la testamentaria y la legítima, teniendo lugar la primera de ellas cuando el testador transmitía mediante la expresión de su voluntad á los herederos instituídos los bienes de su herencia, y la segunda, cuando no existía testamento ó éste era ineficaz, y cuando el heredero instituído no podía ó no quería aceptar la herencia. De ellas hemos de ocuparnos con separación.

SUCESIÓN TESTADA

Para compendiar en breve síntesis la doctrina establecida por dicha legislación en materia de sucesión testada, conviene examinar en conjunto:

I. Todo lo relativo á la testamentifacción activa, ó sea la capacidad para testar.

II. Lo concerniente á la testamentifacción pasiva, ó sea la capacidad para suceder por testamento y cuanto se refiere á la institución de herederos.

III. Las diversas clases de testamentos ó manifestaciones de la última voluntad admitidas en derecho, y solemnidades exigidas para cada una de ellas.

IV. La materia referente á mandas y legados; y

V. Lo relativo á la revocación ó ineficacia de las disposiciones testamentarias.

§ 1.º

Testamentifacción activa.

Cualquiera persona de ambos sexos que no estuviera comprendida en ninguno de los casos de incapacidad ó de excepción establecidos por la ley, podía hacer testamento, bien por sí, ó bien dando poder y comisión á otro, á fin de que en su nombre lo ordenase ó concluyera el ya comenzado.

Todos aquellos á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, puede facer testamento, dijo la ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª, desvinculando la testamentifacción de la ciudadanía y despojándola del carácter privilegiado de la legislación romana, para atribuirla lo mismo al varón que á la hembra, al noble que al vasallo, sin otra limitación que las taxativamente marcadas por las leyes.

Para deducir, pues, quiénes tenían capacidad para testar, hay que proceder por el método de eliminación, excluyendo de

dicha facultad á aquellos en quienes concurría alguna de las prohibiciones ó incapacidades establecidas para la testamentifacción activa.

De esas incapacidades, unas eran absolutas y otras relativas, siendo ocioso exponer que las primeras privaban en absoluto de dicha facultad, y las segundas sólo prohibían la testamentifacción en determinados casos ó exigían solemnidades especiales.

Incapacidades.

Tenían incapacidad absoluta para testar:

1.° El impúber, ó sea el menor de catorce años siendo varón, y de doce si fuere hembra. La ley 5.ª de Toro, ó sea la 4.ª del título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, exigía como el Fuero Real, para la testamentifacción activa, la circunstancia de edad legítima, siendo ésta la establecida en la ley 13, tít. 1.° de la Partida 6.ª: la de catorce años en los varones y de doce en las hembras, diferencia suprimida en el vigente Código, como veremos al comentar el art. 663. La falta, pues, de esa edad, constituía la primera de las incapacidades absolutas puesto que impedía el otorgamiento de toda clase de testamento.

2.° El demente ó loco mientras lo estaba. La ley de Partidas citada, al ordenar que no pudiera hacer testamento el loco ó demente, limitó la prohibición al tiempo que durare la enajenación mental, y, por consiguiente, dejaba expedito el ejercicio de la testamentifacción activa cuando cesara aquélla, ó en los intervalos lúcidos en que el demente recobrase su razón, y así lo declaró expresamente el Tribunal Supremo en constante jurisprudencia, y entre otras sentencias, en las de 15 de Octubre de 1859, 11 de Febrero de 1860 y 30 de Marzo de 1867.

3.° Los pródigos privados por sentencia judicial de la administración de sus bienes.

4.° Los religiosos profesos no secularizados.

El que profesa, consiente *en non fincar al mundo*, decía la ley 8.ª, tít. 7.° de la Partida 1.ª, y, por lo tanto, dicha legisla-

ción le consideraba muerto civilmente y sin potestad para disponer después de sus bienes. El Concilio de Trento, en su sesión 25, prohibió á los religiosos la propiedad, disponiendo fuese nula la renuncia ú obligación hecha por los novicios antes de dos meses inmediatos á la profesión, á no hacerse con licencia del Prelado. Secularizados en España los religiosos profesos de ambos sexos por diversas disposiciones, y especialmente por el Real decreto de 8 de Marzo de 1836 y ley de 29 de Julio de 1837, se concedió á los religiosos profesos de ambos sexos secularizados y exclaustrados la testamentifacción activa y la capacidad para adquirir *ex testamento ó abintestato* desde que salieron de los conventos. Derogadas dichas disposiciones por el Concordato de 1851, y autorizado de nuevo el establecimiento de las Ordenes monásticas, continuó la prohibición de testar respecto de los religiosos profesos hasta la rectificación de la primitiva edición del nuevo Código, en cuya rectificación ha desaparecido tal incapacidad.

En cuanto á las monjas, el art. 38 de la ley citada de 1837 concedió la testamentifacción activa á las que debían permanecer en clausura en los conventos que quedaban abiertos, desde el 8 de Marzo de 1836. Por Real decreto de 25 de Julio de 1868 se declararon válidos y subsistentes todos los actos de dominio ejecutados por las religiosas profesas, á consecuencia de las disposiciones de la ley de 29 de Julio de 1837, desde su publicación hasta la fecha del citado Real decreto, concediéndose un término de tres meses para que pudieran disponer de los bienes hasta entonces adquiridos, transcurrido el cual, pasarían, por ministerio de la ley, aquellos de que no hubieren dispuesto á las personas llamadas á obtenerlos abintestato. Este Real decreto fué derogado en todas sus partes por el de 15 de Octubre del mismo año, que restableció la facultad concedida en el artículo 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, y esta ha sido la doctrina corriente hasta la nueva legislación.

Respecto al testamento otorgado por las religiosas en clausura, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Real orden de 10

de Marzo de 1867, de la que nos ocuparemos al tratar de las solemnidades que deben observarse en el otorgamiento de los testamentos en general.

El Código de las Partidas, que mantenía el espíritu del derecho romano, reprodujo algunas otras causas de incapacidad establecidas por dicha legislación, añadiendo otras varias derivadas de los principios religiosos en que también había inspirado sus preceptos dicho Código, siendo después derogadas unas por la ley y otras por la jurisprudencia de acuerdo con la práctica. Por ellas estaban incapacitados los hijos que estuvieren en poder de su padre, los condenados á pena capital ó destierro perpetuo, los dados en rehenes, los *enfamados*, los apóstatas, maniqueos, excomulgados y herejes. Las leyes 3.ª y 4.ª del tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, derogaron varias de estas incapacidades ó prohibiciones, siendo abolidas las otras por el desuso, por la supresión de las penas infamantes y por el precepto constitucional que sancionó la tolerancia religiosa.

Tenían incapacidad relativa:

1.º El ciego, el cual no podía hacer testamento cerrado y únicamente podía testar con las solemnidades establecidas en la ley 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que, moderando á su vez el precepto de la 14, tít. 1.º de la Partida 6.ª, exigió la presencia de cinco testigos y escribano, ó de ocho testigos á falta de éste, debiendo firmar uno de ellos á ruego del testador en uno y otro caso.

2.º El mudo ó sordo, los cuales sólo podían testar en el caso de que supieren escribir. Si bien la ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª, que permitió á los sordos y mudos testar cuando supieren escribir, se refería á los que lo fueren por accidente, desde luego pareció que existiendo la misma razón de derecho, debía ser extensiva á aquellos que, siéndolo por naturaleza, sabían, sin embargo, escribir; siendo admitida y reconocida esta doctrina por la jurisprudencia, entre otras sentencias, en la de 12 de Mayo de 1841, y la de 21 de Mayo de 1860, la cual declaró terminantemente que las especiales prescripciones de dicha ley se

refieren á los totalmente imposibilitados de manifestar su voluntad de otro modo que por escrito.

3.º El extranjero no domiciliado, el cual sólo podía testar con arreglo á la ley, estatuto ó costumbre del país en que se hallare, si hablaba dicha legislación indistinta y genéricamente de todos los que en él habitasen, aunque no fueren naturales y vecinos, salvo lo dispuesto en contrario por los tratados; pero el domiciliado, si tuviere bienes en el pueblo de su domicilio y en su patria, podía disponer de aquéllos conforme á las leyes del país en que se hallaba, y de los demás según las de su nación.

4.º Los obispos en cuanto á los ornamentos pontificales.

Otras incapacidades relativas establecieron las antiguas leyes; pero ya carece de aplicación su cita, por haber desaparecido de nuestro derecho.

Para terminar esta materia, réstanos indicar que, según la ley 5.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, el que tenía prohibición para testar podía impetrar licencia del Soberano, y obtenida, otorgar testamento, el cual sería válido siempre que fuere ordenado con arreglo á derecho.

§ 2.º

Testamentifacción pasiva.

La testamentifacción pasiva, ó sea la capacidad para ser instituído heredero ó adquirir por testamento, es el segundo punto que hemos dicho hay que examinar en materia de sucesión testada.

La legislación romana no sólo exigió como requisito esencial para la eficacia del testamento la institución de heredero, sino que además limitó en extremo la testamentifacción pasiva. Nuestro derecho, que, por el contrario, llegó hasta estimar innecesario dicho requisito, amplió extensamente la capacidad para ser heredero, estableciendo que podían serlo todos los que no tuvieren prohibición para ello.

Incapacidades.

Como en la testamentifacción activa, las incapacidades eran absolutas ó relativas.

Tenían incapacidad absoluta para ser instituídos herederos:

1.º Las corporaciones ilícitas y las asociaciones establecidas contra las leyes, según la 4.ª, tít. 3.º de la Partida 6.ª, la cual estableció además otras prohibiciones que luego han desaparecido, como la de los deportados ó condenados á cadena, los herejes, apóstatas y rebaptizados.

2.º Los religiosos profesos de ambos sexos no secularizados. Considerados individualmente los religiosos, se hallaban incapacitados de antiguo para adquirir por testamento, y ni aun podían suceder á sus parientes abintestato, pues por el hecho de la profesión se hacían inhábiles para pedir y deducir acciones sobre herencias, debiendo recaer éstas en los demás parientes capaces á quienes correspondieran.

La ley 11, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real consignó esa prohibición respecto de las religiosas, pasado el primer año de la profesión. La legislación Alfonsina, en la 17, tít. 1.º de la Partida 6.ª, la estableció en absoluto, y el capítulo 2.º de la sesión 25 del Concilio de Trento regularizó dicha prohibición. Este precepto no se relajó, como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Abril de 1863, hasta la promulgación del decreto de las Cortes de 26 de Junio de 1822, sancionado como ley en 29 del mismo mes y año, y restablecido por la de 25 de Enero de 1837, en el que se estableció que los regulares de ambos sexos secularizados estaban habilitados para adquirir bienes de todas clases, tanto por título de legítima como por cualquiera otro de sucesión, bien *ex testamento*, bien *abintestato*, entendiéndose esta habilitación desde la fecha de la secularización, y sin que tuviera efecto retroactivo con relación á las legítimas y sucesiones, adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas antes de la época expresada; cuya resolución debía tener lugar, no obstante cualquiera renuncia ó cesiones que hubiesen hecho

los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religión; pero la prohibición subsistió, respecto de los no exclaustrados, aun después de la ley de 29 de Julio de 1837 que confirmó dicha facultad, siendo mantenida la incapacidad citada, en cuanto á los religiosos profesos, por varias disposiciones posteriores, tanto del Concordato celebrado en 1851 con la Santa Sede, como de la potestad civil, que vinieron á esclarecer este punto, pero que no consiguieron poner término á las dudas y controversias suscitadas acerca de esta cuestión.

No sucede lo propio respecto de las religiosas profesas. El artículo 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, ya citada, derogando á su vez las antiguas leyes, declaró que las religiosas que continuasen en los conventos subsistentes desde el decreto de exclaustración de 8 de Marzo de 1836, tendrían capacidad para adquirir *inter vivos ó ex testamento* y gozarían de los demás derechos civiles correspondientes á los eclesiásticos seculares y reconocidos por la misma á los religiosos profesos de ambos sexos exclaustrados. Concertado con la Santa Sede el Concordato de 1851, surgieron dudas acerca de la capacidad legal de las religiosas para adquirir bienes raíces y disponer de ellos, resolviéndose, por Real decreto de 25 de Julio de 1868, que en adelante las religiosas profesas no podrían adquirir individualmente bienes de ninguna especie, siendo nulas y sin ningún valor ni efecto las adquisiciones que ilegalmente hicieran; pero esta disposición quedó á su vez derogada por el decreto de 15 de Octubre del mismo año, que restableció en toda su fuerza y vigor el artículo citado de la ley de 29 de Julio de 1837.

Este era el estado de derecho subsistente en la materia á la publicación del Código, por no haber sido modificado el Real decreto de 15 de Octubre de 1868, confirmatorio de la ley citada, habiendo establecido el Tribunal Supremo, frente á la legislación Tridentina y el Concordato, la siguiente jurisprudencia, que no deja lugar á duda alguna acerca de esta cuestión, y que consignamos como confirmación de la doctrina indicada:

«Los arts. 30, 35 y 41 del Concordato, dice el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Octubre de 1860, no introduce novedad alguna relativa á la capacidad de adquirir los regulares como individuos, porque limitándose los citados artículos á consignar la manera en que el Gobierno ha de atender á la subsistencia de las comunidades religiosas, al modo de adquirir como tales comunidades y á sancionar el respeto á las propiedades que adquieran, no derogan el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, que concedió á los regulares el derecho de sucesión en los bienes hereditarios.»

«La ley 11, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, dícese en sentencia de 8 de Noviembre de 1871, fué derogada por el cap. 16 de la sesión 25 del Concilio de Trento, y éste por la ley de 29 de Julio de 1837 y art. 1.º del Real decreto de 25 de Julio de 1868, por el que se declararon válidos todos los actos de dominio que las religiosas profesas hubieren ejecutado individualmente á consecuencia de la expresada ley de 1837.»

3.º Los hijos *abortivos*, ó sea los que no reunían las circunstancias exigidas por la ley 2.ª, tít. 5.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, 13 de Toro, ó sea aquellos que no nacieron todo vivo, con figura humana y no estuviesen desprendidos del claustro materno durante veinticuatro horas, ó aquellos en que por la ausencia del marido ó por el tiempo en que nacieron no pudieran vivir naturalmente.

Tenían incapacidad relativa:

1.º Los hijos *adulterinos*, entendiéndose por tales, los habidos de mujer casada con hombre casado, viudo ó soltero. Dichos hijos no podían heredar en ningún caso á su padre ni á su madre por testamento ni abintestato (leyes 10, tít. 13, de la Partida 6.ª, y 9.ª de Toro).

2.º Los hijos *incestuosos*, los cuales se hallaban incapacitados para suceder á sus padres.

3.º Los hijos *sacrílegos*, respecto de los cuales la prohibición se extendía no sólo á suceder á los padres y las madres, sino también á los parientes paternos, pudiendo sólo recibir de las

madres hasta el quinto de sus bienes (véase, respecto de dichos hijos y de los anteriores, las leyes 4.ª y 5.ª, tít. 20 libro 10 de la Novísima Recopilación).

4.º Los hijos naturales, los cuales sólo podían heredar en parte á los padres y en todo á las madres á falta de descendencia legítima, teniendo únicamente en otro caso derecho al quinto de los bienes por vía de alimentos en la sucesión de éstas. Para ello era preciso que dichos hijos fueran reconocidos expresa ó tácitamente por el padre ó madre y que reuniesen las condiciones exigidas en la ley 11 de Toro, sin cuyo requisito no podían ser considerados naturales.

5.º El confesor en la última enfermedad, su iglesia ó religión, convento y sus parientes respecto al que aquel hubiere confesado. Véase la ley 15, tít. 20, lib. 10 de la Novísima Recopilación y cédula de 30 de Mayo de 1830, la cual llevó dicha prohibición al extremo de establecer que cuando los testadores dejaren por herederos á sus almas, las de sus parientes ó las de otros cualesquiera, ó por vía de manda ó legados señalasen algunos sufragios, no podrían encargarse éstos á sus confesores en su última enfermedad ni á sus religiones y conventos; debiendo en todos estos casos heredar lo así dejado los parientes abintestato, incurriendo además en privación perpetua del oficio los notarios que autorizaran testamento contra dicha disposición.

El Tribunal Supremo tenía declarado en sentencia de 18 de Junio de 1864, que esta prohibición no alcanzaba al albaceazgo conferido al confesor, cuando no envolvía manda ó institución de herederos ó encargo de sufragios.

6.º Las personas de mala vida ó fama, las cuales aunque el testador careciere de descendientes y ascendientes, no podían ser instituídas en perjuicio de los hermanos, á no ser en los casos que expondremos al hablar de las causas de desheredación, estando, por lo tanto, sumamente limitada la capacidad de dichas personas, llamadas en derecho *torpes,* por lo que comprendemos ésta entre las incapacidades relativas para la testamentifacción pasiva (ley 12, tít. 7.º de la Partida 6.ª).

Causas de indignidad

A más de las incapacidades citadas, las leyes reconocían otros varios casos en que los herederos instituídos debían perder la herencia por razones de moralidad. Esta distinción, que en cierto modo ha sido conservada en el nuevo Código, era la razón de la diferencia entre las *incapacidades* é *indignidades*. Se tenía por incapaz, al que en manera alguna podía ser heredero en absoluto ó relativamente, y por indignos, á los que teniendo capacidad para serlo, no podían, sin embargo, percibir la herencia por actos personales, ocurridos con posterioridad ó anterioridad á la institución, que le hacían indigno para suceder al causante.

En dicho caso se hallaban el heredero que dejaba de acusar al homicida del difunto, cuando éste recibió muerte violenta y aquél tuviera noticia del culpable; el que había tenido participación en dicha muerte; el que cometió adulterio con la mujer del testador; el que denunció como falso el testamento; el que en fraude de la ley había recibido la herencia para antregarla á un incapaz; la viuda respecto de la herencia del testador cuando vivía deshonestamente; el descendiente que abandonaba á su ascendiente, de cuya herencia se trataba, hallándose éste en demencia, y algunos otros, como puede verse en la ley 13 y siguientes del tít. 7.° y Partida 6.ª; en las 4.ª y 5.ª, tít. 9.°, libro 3.° del Fuero Real, y en las 4.ª y 5.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Las personas capaces para suceder por testemento, denomínábanse herederos, y éstos, según la legislación que brevemente apuntamos, podían ser *voluntarios* y *forzosos*. Llamábanse *voluntarios*, aquellos cuyo nombramiento ó institución dependía únicamente de la voluntad del testador, y *forzosos*, los que la ley les asignaba cierta participación en la herencia de éste, el cual no podía privarles de ella, siendo, por lo tanto, obligada su institución y pudiendo por la preterición de los mismos quedar inoficiosos ó ineficaz el testamento.

Sin embargo, las leyes reconocían determinadas causas de

desheredación, por las cuales podía el testador privar á tales herederos de su participación en la herencia, siendo dichas causas distintas, según que se tratase de la desheredación de los descendientes ó de los ascendientes.

Causas de desheredación.

Eran justas causas de desheredación de los descendientes:

1.ª El injuriar gravemente al padre.

2.ª El poner mano en él para prenderle ó herirle.

3.ª El maquinar contra su vida.

4.ª El acusarle por delito grave.

5.ª El impedirle hacer testamento.

6.ª El atentar contra la honra del mismo.

7.ª El abandonarle estando demente.

8.ª El contraer matrimonio sin su consentimiento ó consejo en la edad en que la ley lo exigía.

9.ª La prostitución de la hija á quien el padre quiso casar y ella lo resistió; pero no si ésta quiso casarse y el padre lo defirió, hasta los veinticinco años.

10.ª El abandono de la religión; y

11.ª El contraer matrimonio sin la publicidad exigida por el Concilio de Trento, á no mediar dispensa de ella (leyes 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª del tít. 7.º, Partidas 6.ª; 5.ª y 9.ª, tít. 2.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación).

Podían ser desheredados los ascendientes, por las siguientes causas:

1.ª Por acusación capital contra el hijo.

2.ª Por maquinación contra su vida.

3.ª Por atentar contra su honor.

4.ª Por impedirle hacer testamento.

5.ª Por maquinación contra la vida del otro cónyuge.

6.ª Cuando el padre se negase á proveer al desmemoriado ó loco, de las cosas que le son menester.

7.ª Cuando el hijo caía cautivo, y el padre no quería redimirlo; y

8.ª Por ser el padre hereje y el hijo católico (ley 11, tít. 7.º de la Partida 6.ª).

Entre las causas de desheredación, solían citarse, aunque con alguna impropiedad, aquellas que permitían la subsistencia de la institución hecha á favor de persona de mala nota en perjuicio de los hermanos. Dichas causas eran:

1.ª El haber maquinado el hermano preterido la muerte del testador.

2.ª El haber entablado acusación capital contra él.

3.ª El haberle causado ó procurado causar la pérdida de la mayor parte de sus bienes (ley 12, tít. 7.º de la Partida 6.ª).

Legitimas.

En el caso de no existir ninguna de las causas de desheredación antes indicadas, el testador no podía disponer libremente de la parte asignada en la herencia por la ley á los herederos forzosos. Esa porción de bienes reservada á dichos herederos y conocida, tanto en las legislaciones como en el tecnicismo forense, con la denominación *de legítima,* en consideración al origen de que procede, era distinta, según se tratase de descendientes ó ascendientes.

La primera de ellas fué establecida por la ley 1.ª, tít. 5.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, la cual ordenó que los padres y los abuelos no pudieran disponer en favor de los extraños más que de la quinta parte de sus bienes, teniendo confirmación y debido complemento en las leyes 10, tít. 6.º, y 7.ª, tít. 12, ambas del libro 3.º del Fuero Real, y 8.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación. Constituía, por lo tanto, la legítima de los descendientes legítimos, las cuatro quintas partes del caudal hereditario. Respecto de la descendencia ilegítima, la ley 9.ª, tít. 15 de la Partida 4.ª, igualó los legitimados por subsiguiente matrimonio á los hijos legítimos, reconociéndoles, en su consecuencia, los mismos derechos; y en cuanto á los legitimados por rescripto del Príncipe, sólo podían tener derecho á suceder á sus ascen-

dientes á falta de descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

Los hijos naturales y los espúreos eran herederos forzosos, y por lo tanto, con derecho á legítima en la sucesión de la madre, á falta de hijos legítimos, aunque tuvieran ascendientes, según la ley 9.ª de Toro, ó sea la 5.ª, tít. 20 del citado libro 10 de la Novísima Recopilación. En la sucesión de los padres á falta de legítimos ó legitimados, la legítima de los hijos naturales era la sexta parte de la herencia, la cual habían de haber conjuntamente con su madre».

La legítima de los ascendientes eran los dos tercios de la herencia. Ni el Fuero Juzgo ni el Fuero Real reconocieron á éstos derecho á legítima alguna. La ley 8.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, les concedió una tercera parte del caudal hereditario, ampliándose á los dos tercios por la ley 6.ª de Toro, ó sea la 1.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación; debiendo entenderse, que dichos ascendientes sólo pueden considerarse herederos forzosos á falta de descendientes del causante, ó en el caso de que éste no haya instituído heredero á un hijo natural, según la ley 10 de Toro, 6.ª del mismo título y libro antes citado de la Novísima Recopilación.

Mejoras.

Aun dentro de la porción legitimaria de los descendientes, el testador podía detraer cierta parte para adjudicarla á favor de alguno ó algunos de los que tenían derecho á la legítima. Esa parte de bienes es lo que en derecho se conoce con el nombre de mejora.

De origen puramente castellano, las mejoras encuéntranse establecidas en el Fuero Juzgo como una limitación de la libertad que gozaban los godos para disponer de sus bienes por testamento antes de dicha legislación. Abolidas por los fueros municipales, en consideración á los fines en que éstos se inspiraron, y también por el Fuero Viejo de Castilla, que las redujo tan sólo al derecho concedido al hijo mayor para heredar las ar-

mas de su padre y un caballo, recibieron de nuevo sanción en el Fuero Real; y habiéndose suscitado muchas dudas y dificultades acerca de la materia, fueron resueltas éstas por varias de las leyes de Toro, que constituyen de la 1.ª á la 7.ª, y la 9.ª á la 11 del tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, las cuales completaban la doctrina vigente á la publicación del Código, al cual fué trasladada dicha institución, aunque con alguna reforma.

Según la legislación citada, los ascendientes podían disponer del tercio de sus bienes en favor de cualquiera de los descendientes, así como del quinto libremente en favor de alguno de éstos ó de un extraño, pudiendo el abuelo mejorar á uno ó más nietos, aunque viviera el padre. La única limitación impuesta por la ley se refería á las hijas, las cuales no podían ser mejoradas por razón de dote.

Sin embargo, la ley 29 de Toro, ó sea la 5.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, estableció que si la dotada quería apartarse de la herencia, podía conservar la dote sin traerla á colación, siempre que la misma no fuera inoficiosa, es decir, que excediera de la legítitima y del tercio y quinto de mejora, permitiendo, por excepción de la regla general, que el cómputo se hiciera con arreglo al valor que tuvieran los bienes del donante al tiempo de constituirse ó prometerse la dote, ó al tiempo del fallecimiento, á elección de aquélla.

Las mejoras podían ser hechas por testamento y por contrato: eran revocables é irrevocables, de cosa cierta, de cuota determinada, y de cuota determinada con asignación de cosa cierta. Podían también ser expresas ó tácitas: las primeras eran las que resultaban constituídas en testamento ó contrato; las segundas, las que tenían por origen el otorgamiento de una donación, si ésta era de las llamadas simples.

Las constituídas por contrato no podían ser revocadas: 1.º, si se habían entregado al mejorado los bienes en que consistía la mejora; 2.º, si había mediado escritura ante Notario, y 3.º, si lo había sido por causa onerosa con un tercero. Sin em-

bargo, aun en estos casos podía revocar el mejorante la mejora si se había reservado la facultad de hacerlo, ó si el mejorado había incurrido en alguna de las causas por las que podían revocarse las donaciones perfectas.

El mejorado podía aceptar la mejora aunque renunciase á la herencia, y en este caso venía obligado, según la ley 5.ª, título 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, á pagar á prorrata las deudas del testador y á dar fianza de satisfacer las que después resultasen.

Para deducir las mejoras se atendía al tiempo de la muerte del testador, y no al en que fueron constituídas. Hecha la mejora de tercio y quinto, se deducía éste primero, á no haber fuero, costumbre ó pacto en contrario.

En la mejora de cosa determinada, los frutos correspondían al mejorado desde la tradición, si se le hizo entrega, ó desde la muerte del testador, en caso contrario. Si no hubo entrega ni consignación en bienes determinados por el mejorante, los frutos, réditos ó rentas se dividen con igualdad entre todos los herederos.

Institución de heredero.

La institución de herederos debía ser hecha con exactitud y claridad, de modo que no cupiera duda alguna acerca del instituído, pues según la ley 12, tít. 3.º de la Partida 6.ª, el error en la persona del heredero anulaba la institución.

El testador podía imponer á los herederos voluntarios las condiciones lícitas y posible que tuviese por conveniente: á los forzosos no podían serles impuestas ninguna que mermase ó perjudicase sus derechos legitimarios, pero sí respecto de lo demás que se les dejase.

Las condiciones imposibles por naturaleza ó por derecho, y las contrarias á la moral y buenas costumbres, se tenían por no puestas y no viciaban la institución. Lo contrario sucedía en las dudosas. Las condiciones podían ser *potestativas, casuales y mixtas, copulativas y disyuntivas*. Las primeras eran las que dependían ex-

clusivamente del heredero, y debían ser cumplidas, á no mediar causa dependiente de un tercero. Las segundas eran las que dependían del azar ó de la suerte, y éstas necesariamente tenían que ser cumplidas, y las mixtas, las que conocían una y otra de las causas citadas; éstas, cuando dejaban de cumplirse por culpa del tercero, de quien dependían en parte, y no por accidente fortuito, se tenían por no puestas. En las condiciones copulativas, todas debían ser cumplidas, y en las disyuntivas, cualquiera de ellas, siguiéndose, á ser posible, el orden con que fueron establecidas por el testador.

Finalmente, la institución de heredero á día cierto se equiparaba á la institución condicional, y creaba derechos transmisibles á los herederos de los instituídos desde el fallecimiento del testador, según la ley 15, tít. 3.º de la Partida 6.ª

Sustitución.

El testador no sólo podía designar los herederos que quería que á su fallecimiento entrasen en el goce de sus bienes, sino que le estaba permitido por la ley hacer un segundo ó ulterior llamamiento para el caso de que el heredero ó herederos instituídos no quisieran ó no pudieran aceptar la herencia ó murieran sin poder disponer de sus bienes, y esto, en derecho, se conocía con el nombre de *sustitución*.

Seis clases de sustituciones admitía la legislación anterior al Código. Distinguíanse con los nombres de vulgar, pupilar, ejemplar, fideicomisaria, brevilocua y recíproca. La primera era la que podía hacer cualquier testador al heredero instituído para el caso de que no llegase á serlo. Podía ser hecha expresa ó tácitamente, teniendo esto lugar cuando se instituían herederos á dos ó más para que lo fuera el que sobreviviera al testador, en cuyo caso, si sobrevivían varios, se distribuía entre ellos la herencia. La sustitución pupilar era la que el padre hacía nombrando sustituto al hijo que tenía en su poder, para el caso de que siendo heredero muriera antes de llegar á la pubertad. La ejemplar, la que los ascendientes podían hacer nom-

brando sustituto á los descendientes que tenían derecho á heredarlos y estuvieran imposibilitados para testar por haber perdido el juicio, para el caso de que muriesen sin recobrarlo y sin haber hecho testamento con anterioridad á la locura. La fideicomisaria, denominada también por los autores indirecta, tenía lugar cuando el testador instituía por heredero á una persona, encargándola que entregase á otra el todo ó parte de la herencia; al instituído con dicha condición se le llamaba fiduciario, y al que había de recibir de él los bienes del testador, se le designaba con el nombre de fideicomisario. La sustitución brevilocua, llamada también compendiosa, podía hacerse comprendiendo en una sola fórmula distintos casos; y por último, la recíproca tenía lugar cuando se sustituían entre sí varios instituídos herederos.

Las leyes 1.ª á la 14 del tít. 5.° y Partida 6.ª se ocupaban de las distintas clases de sustitución, y para no incurrir en repeticiones innecesarias, dejamos para más adelante la exposición de la doctrina corriente acerca de cada una de ellas, limitándonos tan sólo á indicar, por la especialidad de su objeto, que con el fin de estimular la aceptación de la herencia en la sustitución fideicomisaria, la legislación romana había establecido y las leyes de Partida sancionado la *cuarta trebeliánica*, ó sea el derecho concedido al heredero fiduciario de deducir para sí la cuarta parte líquida de los bienes de la herencia antes de transmitir dichos bienes al fideicomisario.

Conocíase con el nombre de cuarta, por alcanzar dicha porción á la cuarta parte del caudal hereditario, y con la denominación de trebeliánica, por haberla establecido entre los romanos el senadoconsulto Trebeliánico.

El heredero fiduciario que detraía dicha cuarta debía imputar en pago de la misma las cosas que el testador le hubiere dejado y los frutos percibidos de la herencia antes de la restitución, y obligado estaba también á pagar á prorrata las deudas del difunto juntamente con el heredero fideicomisario (ley 8.ª, título 11, Partida 6.ª).

Con estas ligeras indicaciones damos por terminada la exposición de los precedentes históricos, relacionados con la testamentifacción pasiva.

§ 3.º

TESTAMENTOS Y DEMÁS MANIFESTACIONES DE LA ÚLTIMA VOLUNTAD

Testamentos.

Inspirada nuestra legislación, á partir de la reforma introducida en la materia por el Ordenamiento de Alcalá, en el respeto á la voluntad del testador, que, según constante doctrina y jurisprudencia, constituía la ley por la que había de regirse la sucesión testada, procuró con todo empeño facilitar la expresión de dicha voluntad, suprimiendo requisitos y solemnidades que las Partidas habían reproducido del Derecho romano.

Según dicha legislación, vigente hasta la publicación del nuevo Código, el testamento podía ser común ó privilegiado, designándose con la primera de dichas denominaciones aquel en que eran guardadas y cumplidas todas las solemnidades establecidas por la ley, y con la segnnda los testamentos en que por excepción de la regla general podía prescindirse de alguna de ellas, ó por el contrario, exigían el concurso de algún requisito especial no fijado para los comunes. Estos, á su vez, se dividían en abiertos ó cerrados, según que las disposiciones contenidas en los mismos fueran públicas y manifestadas ante los testigos, ó que, por el contrario, fuesen reservadas, concurriendo entonces éstos y el notario tan sólo para dar autenticidad al documento en que se consignara.

El testamento abierto, llamado también *nuncupativo*, podía otorgarse, según las leyes 1.ª y 2.ª del tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sean la 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, y 3.ª de Toro, por alguno de los modos siguientes:

1.º Por ante notario y tres testigos, á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hacía.

2.º Ante cinco testigos vecinos, sin intervención de notario.

3.º Ante sólo tres testigos vecinos, si no podían ser habidos cinco ni notario, cuya circunstancia debía hacerse constar como necesaria para la validez del testamento hecho de ese modo, aun teniendo lugar en tiempo de peste, según así lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Diciembre de 1855.

4.º Ante siete testigos, aunque no fueran vecinos del lugar en que se hiciere el testamento ni interviniere notario.

El testamento otorgado en alguna de las formas antes citadas sin intervención de notario, necesitaba para su eficacia ser elevado á escritura en la forma establecida en el tít. 6.º, parte 1.ª del libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil.

Réstanos indicar que, si bien la ley hablaba de testigos vecinos y no vecinos, sin ocuparse de los residentes, la jurisprudencia tenía establecido, entre otras sentencias, en las de 17 de Enero de 1868 y 24 de Febrero de 1888, que la residencia habitual equivalía á la vecindad, y por tanto, residiendo los testigos en el lugar del otorgamiento, tenían la cualidad de vecinos para el efecto de concurrir al otorgamiento de los testamentos citados.

El cerrado, llamado asimismo por los tratadistas *in scriptis*, debía ser otorgado con arreglo á la ley segunda citada, ante notario, con la intervención de siete testigos que tuvieran capacidad para serlo, si bien no era necesario que fuesen vecinos del lugar en que se hacía el otorgamiento, debiendo expresarse, sin embargo, su vecindad, para que pudieran ser citados á las diligencias de su protocolización.

Dichos testigos habían de firmar en la cubierta del testamento con el testador, si sabían ó podían firmar, y si no podían ó no sabían, debían firmar los unos por los otros, de manera que fuesen ocho las firmas y á más el signo del notario.

Con estas formalidades hecho el testamento, era perfectamente válido, aunque le faltasen las enumeradas en la ley 2.ª, título 1.º de la Partida 6.ª, conforme declaró el Tribunal Supre-

mo en sentencia de 28 de Julio de 1846, en razón á que el derecho supletorio no podía prevalecer sobre el común, el cual no exigía dichas solemnidades, estando además en completa inobservancia la mayor parte de las prescripciones de la legislación de Partida relativas á la materia.

Conforme á la ley 24, tít. 1.º de la Partida 6.ª, el testamento cerrado quedaba de derecho nulo cuando el testador rompía ó inutilizaba intencionalmente su cubierta ó borraba la firma ó signo del notario que le autorizaba, á no ser que se probase que no había ocurrido á sabiendas ninguna de dichas cosas (sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de Febrero de 1861 y 18 de Noviembre de 1865).

Para que dichos testamentos adquiriesen fuerza y eficacia, era indispensable que se procediese á la apertura y protocolización en la forma establecida en los arts. 1956 al 1968, ambos inclusive, de la ley de Enjuiciamiento civil. Este requisito de la adveración de dichos testamentos ante la autoridad judicial fué siempre exigido; así es, que en la ley 13, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real; 5.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, se estableció que todo aquel que tuviere en su poder un testamento, fuese cabezalero ó no, debía presentarlo al Alcalde hasta un mes del fallecimiento, bajo de perder la manda que le hubiera sido hecha ó de pagar en otro caso el daño y la multa establecida en dicha ley, y una vez presentado, el Alcalde debía hacerlo ver ante sí públicamente.

Otra de las formas de testamento conocidas en la legislación anterior al Código, era el denominado mutuo ó de *mancomún*, ó sea el que hacían recíproca y conjuntamente dos personas á favor de la que sobreviviera. Esta clase de testamento, llamado también de hermandad, era común y frecuente entre marido y mujer que carecían de sucesión, teniendo en nuestro derecho antiguo origen.

La ley 9.ª, tít, 7.º, libro 3.º del Fuero Real dispuso que si el marido y la mujer hicieren hermandad de sus bienes pasado que fuere el año de su matrimonio, no habiendo hijos ni de otra parte

quien tuviere derecho de heredar, valdría tal hermandad, y si después de hecha tuvieren hijos, no valdría, «ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamiento sean desheredados por esta razon»

Excusado es decir que en dicha clase de testamentos debían observarse todas las solemnidades establecidas para los comunes. El sobreviviente no podía alterar la voluntad del difunto, y sólo estaba autorizado para revocar la parte relativa á sus bienes, á no ser que contuviera pacto ó convenio que estableciera la irrevocabilidad, en cuyo caso debería cumplir las condiciones impuestas (sentencias de 21 de Mayo de 1860, 26 de Marzo de 1861, 19 de Junio y 20 de Diciembre de 1866).

El nuevo Código ha prohibido esta forma de testamento, y por lo tanto, resulta inútil más detenida exposición de la doctrina relativa á la misma, bastando lo expuesto como debido antecedente para el conocimiento de la reforma introducida en este punto.

Otra de las formas conocidas en la anterior legislación y derogadas por el nuevo Código, es el testamento *ad cautelam* ó con cláusula especial derogatoria, ó sea aquel en que el testador establecía que no valiera cualquier testamento hecho posteriormente por el mismo que no contuviera una manera ó causa señalada de revocación. Autorizados estos testamentos por la ley 22, tít. 1.° de la Partida 6.ª, no tenía aplicación respecto de los mismos el principio de la irrevocabilidad de los testamentos, admitido generalmente y sancionado en la ley 25 del mismo título y Partida, exigiendo, por el contrario. una revocación especial y expresa en que señaladamente manifestara el testador que no estorbasen para el nuevo testamento las palabras ó la cláusula puestas en el anterior, ó expresando en el último la cláusula especial de revocación establecida en el primero, si bien no era necesario copiarla literalmente, bastando que se hiciera referencia á ella, declarando el testador su voluntad de derogar el anterior, según constante jurisprudencia reconocida, entre otras sentencias, en las de 7 de Mayo y 1.° de Octubre de 1860, 8 de

Mayo de 1866, 22 de Febrero de 1868 y 4 de Noviembre de 1872.

Esta clase de testamentos ha sido derogada también por el vigente Código.

El testamento común podrá ser otorgado por el mismo testador ó por otra persona en su nombre. Este era el conocido con el nombre de testamento por *comisario*, que, como su nombre lo indica, era el que tenía lugar cuando una persona capaz para otorgar testamento confería poder á otra persona para que lo llevase á efecto.

Las leyes 31 á 39 de Toro, que forman el tít. 19 y parte del 20 del libro 10 de la Novísima Recopilación, comprendían toda la doctrina relativa á esta materia; pero prohibidos por el nuevo Código los poderes para testar, estimamos innecesaria la exposición detallada de sus preceptos, limitándonos á consignar tan sólo: 1.º, que dichos poderes tenían que ser otorgados con las mismas solemnidades exigidas para los testamentos; 2.º, que limitadas las facultades de los comisarios por los términos de dichos poderes para poder instituir herederos, hacer mejora, sustituir y nombrar tutores, había de concedérsele expresamente estas facultades, designándose, además, la persona que había de ser instituída heredera, pues su designación, no podía dejarse al comisario, entendiéndose en el caso de conferírsele dichas facultades, reducida la misión del comisario á cumplir los cargos de conciencia del testador, pagar sus deudas y distribuir el quinto por su alma, entregando lo demás á los herederos legítimos ó abintestato; 3.º, que si el testador nombraba heredero y sólo daba facultades al comisario para concluir el testamento, no podía disponer más que del quinto; 4.º, que no podía revocar el comisario el testamento otorgado por el mismo ni el hecho anteriormente por el testador, sin que se le concediera facultad especial para ello; y 5.º, que si por cualquiera causa no hacía el comisario el testamento, los herederos abintestato, á cuyo poder habían de pasar los bienes, estaban obligados á emplear el quinto en favor del alma del causante, á lo cual podían ser compelidos, si no lo hicieren dentro del año, á contar del

fallecimiento de éste, según la ley 36 de Toro; 13, tít. 10, libro 22 de la Novísima Recopilación.

El comisario debía cumplir su encargo en el término de cuatro meses hallándose en el pueblo en que se le dió el poder, ó de seis si se hallaba ausente de dicho pueblo, cuyo plazo, podía ampliarse á un año si la ausencia era fuera del Reino; estando establecido por la ley 3.ª, tít. 19, libro 10 de la Recopilación citada, que transcurridos dichos términos pasaran los bienes á los que habían de haberlos muriendo el testador abintestato; pero la jurisprudencia había admitido la doctrina de que éste podía ampliar ó limitar los plazos indicados, según puede verse en sentencia de 19 de Septiembre de 1863.

Hemos dicho ya que en nuestra legislación anterior, á más de los testamentos comunes, existían los llamados privilegiados y especiales, siéndolo esencialmente el testamento militar, ó sea el que por excepción se permitió de antiguo á los militares llevar á efecto prescindiendo de las solemnidades exigidas por la ley.

Nacido en Roma por circunstancias puramente históricas en tiempos de Julio César, según el testimonio de Ulpiano, como privilegio concedido á los militares en consideración al peligro de muerte en que de ordinario se hallaban, coincidió con la transformación del testamento en general de acto público en privado, y con la preponderancia de la clase militar de aquello sociedad, distinguiéndose siempre por su carácter genuinamente privilegiado, hasta el punto de concederse en él las más amplias facultades al testador. En la legislación castellana, el Fuero Juzgo admitió también el principio, sancionándolo las Partidas según el modelo romano, pero tan sólo en favor de los caballeros que testaran en hueste, permitiendo amplia libertad en cuanto á la forma y aun escribirlo con su propia sangre en su escudo ó en sus armas. Porteriormente, por Real cédula de 28 de Abril de 1839, se declaró que el testamento otorgado sin ninguna solemnidad por los militares no valiera si no fallecían en la campaña en que lo hicieran; pero por Reales decretos de 9 de Junio

de 1742 y 25 de Marzo de 1752, se extendió el privilegio, no sólo al tiempo de la campaña, sino á otro cualquiera. Por último, las Ordenanzas reales del ejército de 1768, confirmadas por Real cédula de 24 de Octubre de 1778, y la ley 8.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, facultaron á todos los individuos del fuero de Guerra para otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su mano ó de cualquier otro modo en que constare su voluntad, ó hacerlo por ante notario con las fórmulas ó cláusulas de estilo. Este privilegio fué confirmado por Real orden de 17 de Enero de 1835, la cual estableció que el testador era árbitro de preferir el modo de manifestar su voluntad en la forma civil ó en la militar, no sólo estando en campaña, guarnición, cuartel ó marcha, sino también en donde quiera que se hallase y cualquiera que fuese el estado de su edad, ya estuviera su salud en peligro, ya sin él, y sin tener que sujetarse á los reglamentos locales por no deber mediar exigencia en el modo de testar, y por consiguiente, no debía ni podía intervenir el contralor ni ninguna otra persona si no era llamada por el testador al paraje donde se encontrase (*Colección Legislativa*, tomo 20, pág. 44).

Congruente con el derecho concedido á los militares para optar por la forma común ó la privilegiada y como consecuencia de ese mismo derecho, se dispuso, por Real orden de 31 de Octubre de 1864, que cuando otorgasen sus testamentos con las solemnidades del derecho común, debería verificarse la protocolización de los mismos en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil para los de los no militares, por considerarse dicho otorgamiento como una renuncia tácita del fuero de Guerra, quedando por ella sometidos los testadores á la jurisdicción ordinaria.

Eran también testamentos especiales el del ciego, mudo ó sordo por naturaleza, los cuales exigían solemnidades especiales en su otorgamiento. De éstos nos hemos ocupado ya al hablar de la testamentifacción activa, al exponer las limitaciones que sufría la capacidad de los mismos para otorgar testamentos, por la necesidad de la concurrencia de esos requisitos especiales exigi-

dos por la ley respecto de dichas personas; y á lo dicho entonces nos remitimos para ahorrar innecesarias repeticiones, limitándonos por ahora á consignar, en cuanto al primero de ellos, que la jurisprudencia tenía establecido que en el caso de que no se justificase plenamente la ceguera del testador, valdría el testamento aunque sólo hubiesen concurrido tres testigos, no considerándose por eso infringida la ley 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que, según tenemos dicho, exigía la intervención de cinco testigos cuando menos en esta clase de testamentos; y respecto del mudo y sordo que algunos autores opinan que si sólo sabían leer, podían también otorgar su testamento extendiéndolo otro por las señas que hiciere el testador, siempre que éste, leyéndolo después, lo aprobase de modo que no diere lugar á duda.

Codicilos.

Otra de las formas admitidas en derecho para la expresión de la última voluntad, era la conocida con el nombre de *codicilo*, por cuyo medio podía el testador suplir, variar ó reformar alguna parte del testamento y aun reservar para dicha forma la ordenación de su voluntad en todo aquello que no quería formase parte del mismo. Nacido el codicilo en la legislación romana por las limitaciones impuestas á la testamentifacción activa y por las dificultades que originaban el conjunto de solemnidades exigidas para el otorgamiento de los testamentos, fué trasladada dicha institución á nuestro derecho por las Partidas, las cuales establecieron multitud de restricciones acerca de las cosas que podían ser objeto y materia de sus disposiciones; pero dejaron de tener razón de ser al ordenar la ley 3.ª de Toro, 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que en ellos interviniesen las mismas solemnidades requeridas para el testamento nuncupativo ó abierto por el Ordenamiento de Alcalá, no haciendo en otro caso fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

Á virtud de dicha ley quedaron equiparados é igualados los codicilos y testamentos, toda vez que no existía diferencia esen-

cial ó sustancial entre ellos, y desaparecieron, por consecuencia de la modificación que introdujo en la legislación de Partidas, las restricciones que la misma tenía establecidas respecto á los codicilos, según reconoció el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de Junio de 1864 y 21 de Junio de 1867, pudiendo, por lo tanto, hacerse por este medio todo lo que en los testamentos abiertos.

Desaparecida la razón de la diferencia que los distinguía de los testamentos, por la índole y el espíritu de la reforma introducida por la ley de Toro citada, dejó de tener objeto y aplicación esta forma de ordenación de la última voluntad, y por eso el Código prescinde de ella como forma especial é independiente del testamento abierto.

Cédulas testamentarias.

Era también común y frecuente, sobre todo en los pueblos donde no residía notario, consignar el testamento en una cédula ó apunte que solían firmar el testador y los testigos, designándole con el nombre de cédulas testamentarias.

Estos testamentos no tenían otro valor que los hechos verbalmente ante testigos, según se hallaba declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, y por lo tanto, para tener eficacia había de ser elevado á escritura pública en la forma establecida en los arts. 1945 al 1952 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Aunque no tenían su origen en ninguna de nuestras antiguas leyes, se hallaban autorizados por la práctica y sancionados por los artículos citados de la de Enjuiciamiento, que determinaron la forma de darles autenticidad y eficacia elevándolos á escritura pública.

En la actualidad carecían de aplicación práctica y de razón de ser, una vez establecido por el Código civil como testamento común el ológrafo, y además han quedado suprimidos de hecho por la disposición del art. 672 del mismo, que declara nulas las disposiciones sobre institución de herederos, mandas ó legados

hechas por el testador en cédulas ó papeles privados, si en éstos no concurrieren los requisitos prevenidos para dicha clase de testamento.

Memorias testamentarias.

También eran conocidas en dicha legislación, y surtían sus efectos como manifestaciones parciales de la voluntad del testador, las memorias testamentarias, que eran ciertos documentos privados en que aquél disponía alguna adición ó reforma del testamento, estableciendo algunas mandas ó legados, ó imponiendo nuevas condiciones á los instituídos, ó fijando las reglas á que hubiera de ajustarse la sucesión.

Arrancaban su fuerza del testamento en el que había de hacerse mención de ella ó reservarse el testador la facultad de ordenarla, disponiendo que si fuere encontrada alguna á su muerte escrita de su puño ó que estuviere revestida de determinadas circunstancias, se la tuviere como parte integrante del testamento. En ellas no podía hacerse institución de herederos, y para ser eficaces tenían que ser protocolizadas en la forma dispuesta en los artículos 1969 al 1980 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Nacieron por el uso y admitidas por la costumbre, fueron sancionadas por la citada ley de Enjuiciamiento y la jurisprudencia que les dieron eficacia como parte del testamento mediante la protocolización indicada.

Muchas eran las cuestiones que solían suscitarse con motivo de su uso relacionadas con la autenticidad de las mismas y condiciones necesarias para evitar los fraudes á que podían dar origen, así como sobre su autoridad en caso de oposición con el testamento y acerca de los actos que podían ser objeto de sus disposiciones; pero en la actualidad todo esto deja de tener aplicación práctica, toda vez que por la misma consideración expuesta al hablar de los codicilos han quedado sin razón de ser y suprimidas de hecho las memorias testamentarias por las facilidades concedidas por el testamento ológrafo y por la disposición del

art. 672 del Código, en cuya virtud estimamos ociosa la exposición de la doctrina corriente acerca de esta materia á la publicación del mismo.

Solemnidades ó requisitos de las manifestaciones de última voluntad.

Indicadas ya las distintas formas admitidas en derecho para la expresión, en todo ó parte, de la voluntad del testador, corresponde mencionar las solemnidades ó requisitos que debían concurrir en cada una de ellas, empezando por las establecidas para los testamentos como expresión más exacta y completa de dicha voluntad.

Dichas solemnidades han sido distintas según las circunstancias y los tiempos. El Derecho romano, y con él las Partidas, exigieron: 1.°, la institución del heredero; 2.°, la presencia de determinado número de testigos llamados ó rogados, y 3.°, la unidad de acto en el otorgamiento. Las leyes recopiladas, según hemos visto en la ligera exposición precedente, prescindieron de la necesidad de la institución, estableciendo como requisitos precisos la presencia de los testigos, y en algunos casos la del notario, y siempre la unidad de acto.

El otorgamiento del testamento por escrito, ya en documento público ó privado, no era requisito esencial é indispensable, pudiendo ser hechos verbalmente ante testigos, siempre que concurriera el número de ellos exigido por la ley Recopilada. Pero en este caso debían elevarse á instrumento público por los trámites establecidos en el título 6.°, parte 1.ª, libro 3.° de la ley de Enjuiciamiento civil, para que fueran eficaces dichos testamentos. Es de advertir que el procedimiento indicado no era apreciable á los testamentos llamados *sacramentales,* autorizados por la legislación aragonesa, según declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 18 de Septiembre de 1863 y 18 de Junio de 1864, ni á los que podían otorgarse en Cataluña ante notario y dos testigos, conforme también á la jurisprudencia de dicho Tribunal, establecida, entre otras sentencias, en la de 25 de Octubre de 1861.

Testigos.

En todo tiempo y en todas las legislaciones ha sido una de las solemnidades de que se ha rodeado al testamento, la asistencia de determinado número de testigos para dar mayor autenticidad al acto; y no sólo se ha cuidado la ley de su concurso, sino que además ha exigido especiales condiciones para serlo, estableciendo con exquisito cuidado las incapacidades que inhabilitaran para ello.

Según el derecho vigente á la publicación del Código civil, podían ser testigos en los testamentos todos los que no tuvieran prohibición para serlo; y tenían prohibición ó incapacidad absoluta:

1.° Los menores de catorce años.

2.° Las mujeres.

3.° Los impedidos física y moralmente, como los ciegos, locos, sordos, mudos y pródigos; y

4.° Los que no entendiesen el idoma del testador, aunque el notario se lo explicase.

Estas eran las principales incapacidades establecidas por la ley 9.ª, tít. 1.° de la Partida 6.ª, la cual también declaraba incapaces ó inhábiles para dicho efecto á los condenados, los apóstatas y los siervos, á no ser que éstos, al tiempo de hacerse el testamento, anduvieran ó fueran conocidos por hombres libres. Respecto de los dementes, debemos indicar que la ley de Partida citada establece dicha incapacidad sólo mientras estuviesen en locura, y que, según tenía declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de Diciembre de 1859 y 14 de Marzo de 1863, la capacidad mental de los testigos de un testamento otorgado ante notario con las solemnidades legales, se presume de derecho mientras no se pruebe lo contrario, debiendo estarse á la apreciación que de las pruebas hubiere hecho la Sala sentenciadora. En cuanto á los sordos, tenía establecido también la jurisprudencia en sentencias de 11 de Junio de 1864 y 27 de Enero de 1870, que no se entiende por sordo en el sentido de la ley, y

para tal efecto, al que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto de lo ordinario, sino al que carece de la facultad de oir, y, por consiguiente, no es inhábil para testigo de un testamento el que tal defecto tenga y se halle en aquel caso, mucho más si se manifiesta claramente estar enterado de la voluntad del testador expresando que sí lo oyó.

Tenían también prohibición, que podemos llamar relativa, pues tan sólo era con relación á determinadas sucesiones y testamentos.

1.º Los descendientes en los testamentos de sus ascendientes y viceversa, excepto en los otorgados por personas que gozaban de fuero militar si testaban en campaña; y

2.º El heredero y sus parientes hasta el cuarto grado civil, por consanguinidad ó afinidad en el testamento abierto en que se hubiere hecho la institución; pero podían serlo en el testamento cerrado (leyes 11, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y 14, tít. 16 de la Partida 3.ª).

Esta prohibición no regía respecto del legatario, el cual, á falta de otros testigos, podía serlo. Eran también testigos idóneos el fideicomisario y el testamentario particular, con tal que el testamento se hubiere hecho en escritura pública y no fueran herederos.

Las leyes recopiladas exigieron la cualidad de vecinos del lugar del otorgamiento á los que hubieran de intervenir como testigos en un testamento, permitiendo sólo por excepción la falta de dicha cualidad mediante el concurso de mayor número de ellos; pero la practica venía equiparando la residencia á la vecindad, y así lo reconoció también la jurisprudencia, según tenemos ya dicho al hablar de las diversas formas del testamento nuncupativo ó abierto, hallándose declarado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Enero de 1868, que la residencia en el pueblo donde se otorga el testamento es bastante para que un testigo testamentario fuera tenido por vecino á dicho efecto.

Réstanos indicar que, según el art. 29 de la ley del Nota-

riado de 28 de Mayo de 1862, no era aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* lo ordenado en los artículos precedentes de dicha ley, respecto á la forma de los instrumentos públicos y el número y cualidades de los testigos, debiendo regirse dichas disposiciones por la ley ó leyes especiales al caso, en cuya virtud no podía regir para los testamentos la prohibición establecida en el núm. 2.º del art. 27, en cuanto á los parientes, escribientes ó criados del notario autorizante; pero en el Código se ha consignado terminantemente dicha prohibición en el núm. 8.º del art. 681.

Los testigos y el notario, en caso de intervenir, debían oir de boca del mismo testador su disposición testamentaria de modo que no cupiera lugar á dudas. Además, el notario y los testigos debían cerciorarse de la identidad de la persona del testador, y hasta tal punto se estimó preciso este requisito, que el mero buen sentido exige y en general impuso para todos los instrumentos públicos el art. 23 de la ley del Notariado citada, que para el caso de que el otorgante fuera una religiosa profesa, cuya orden no le permitiera descubrirse el rostro ante persona extraña á la comunidad, se resolvió con tal objeto, por Real orden de 10 de Marzo de 1867, dictada á virtud de dudas suscitadas con tal motivo, que, á fin de poder asegurarse el notario de la identidad de la persona y dar fe de su conocimiento, siempre que las religiosas en clausura hubieran de otorgar un acto ó contrato ante notario, deberían descubrirse el rostro para los efectos del art. 23 de la ley del Notariado, obteniendo previamente para ello la venia de la autoridad eclesiástica correspondiente.

En cuanto á los codicilos, hemos dicho ya que habían de reunir las mismas solemnidades requeridas por el testamento nuncupativo, á virtud de lo dispuesto en la ley 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Las cédulas testamentarias, como documentos privados, bastaba que estuvieran escritas por el testador ó por otra persona á su ruego ante el correspondiente número de testigos, y las

memorias testamentarias no necesitaban para su eficacia otro requisito que el de reunir las circunstancias exigidas en el testamento ó que de ella se hiciese mención en el mismo, pudiendo estar escritas por el testador ó por un tercero, según la expresa voluntad de éste.

Albaceas.

Para cumplir y ejecutar su voluntad el testador, podía nombrar una ó más personas á las cuales se les conocía con el nombre de testamentarios, cabezaleros *mansessores,* y más generalmente con la denominación, de origen arábigo, de albaceas.

En la legislación romana era desconocido el albaceazgo, encomendándose la ejecución del testamento al heredero, pero bien pronto el derecho patrio aceptó esta institución, tomándola de la legislación canónica y dándosele una importancia quizá extremada, tanto en el Fuero Real como en las Partidas, puesto que por el primero de dichos Códigos hasta se las dispensaba de responder del pago de las mandas á los herederos y de las ventas que hicieren para cumplir las disposiciones del testador (ley 11, título 5.°, libro 3.°). Sin embargo, para que no quedase al arbitrio de los albaceas por efecto de esa amplitud de facultades el cumplimiento de las últimas voluntades, la legislación alfonsina adoptó todo género de precauciones y garantías, restringiendo la capacidad para el ejercicio del cargo por las prohibiciones que al efecto estableció; prohibiciones que el tiempo y la costumbre vinieron á desechar en su mayor parte, llegándose hasta permitir que pudieran ser albaceas aun las mujeres y los menores que hubieran cumplido diez y siete años, según opinión de los autores.

Este cargo no era obligatorio; pero una vez admitido, debía cumplirse en el término señalado por el testador, y si éste no hubiera designado plazo alguno, en el término de un año, según la ley 6.ª, tít. 10 de la Partida 6.ª, cuyo término era prorrogable por el testador. La jurisprudencia tenía además establecido que las disposiciones de dicha ley no podían tener aplicación

cuando por circunstancias especiales fuera materialmente imposible la terminación de la testamentaría en el plazo indicado.

Podían ser albaceas, no sólo todos los que tenían capacidad para testar y para ser herederos, sino también algunos respecto de los cuales se hallaba establecida incapacidad relativa para la testamentifacción pasiva, como sucedía con el confesor del testador en su última enfermedad y el notario autorizante del testamento, hallándose declarado por la jurisprudencia, en cuanto al primero, que entre las prohibiciones de las leyes 15 y 16, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación y de la Real cédula de 30 de Mayo de 1830, no está comprendida la de nombrar albacea á dicho confesor, ni puede estimarse esto contrario á sus preceptos no haciéndole encargo alguno que pueda redundar en su propio lucro, en el de sus parientes ó iglesia (sentencias de 18 de Junio de 1864 y 24 de Diciembre de 1866); y en cuanto al notario, que la ley 11, tít. 1.º de la misma Partida no contiene dicha prohibición (sentencia de 6 de Febrero de 1866).

Los albaceas debían cumplir exactamente la voluntad del testador, siendo nulos los actos de los mismos que no se ajustaren á lo dispuesto por éste (sentencia de 3 de Junio de 1861).

A falta de albacea testamentario ó cuando no podían ó no querían serlo los designados por el testador, los herederos eran los encargados de cumplir el testamento como albaceas legítimos, y cuando éstos no podían ó carecían de persona que especialmente los representase, el Juez nombraba un albacea dativo.

Cuando para el cumplimiento de sus cargos los albaceas tenían que proceder á la venta de bienes del causante, debía llevarse á efecto ésta en pública subasta (ley 62, tít. 18 de la Partida 3.ª), á no ser que el testador les hubiere autorizado para prescindir de dicho requisito ó hubiese establecido la forma en que debieran realizarse (sentencias de 17 de Enero de 1866 y 28 de Junio de 1882).

La jurisprudencia, formada por las resoluciones de la Dirección general de los Registros, ha venido á fijar y determinar una diferencia importantísima en cuanto á las facultades de los alba-

ceas, según que fueran éstos universales ó particulares, permitiendo en unos casos la inscripción en los Registros de la propiedad de las ventas realizadas por los mismos, previa la inscripción á su favor, y negándola en otros, con arreglo á la distinta condición ó á la diversidad de facultades con que hubiere sido hecho su nombramiento.

Son albaceas universales los nombrados cuando el testador no instituye heredero ó los designados carecen de personalidad, como en el caso de instituirse por tal al alma del causante. Albaceas particulares son los ordinariamente nombrados para cumplir algún encargo piadoso ó para auxiliar á los herederos en las operaciones consiguientes á la liquidación, partición y adjudicación del caudal hereditario. Los primeros, en opinión de Matienzo y de los más autorizados intérpretes de nuestras leyes recopiladas, están equiparados á los herederos; los segundos, por el contrario, sólo tienen el carácter de simples mandatarios, sin otras facultades que las conferidas taxativamente por el testador en su testamento, y deben ser considerados como representantes especiales, no del testador, sino de los herederos, según se halla reconocido en la resolución de la Dirección citada de 7 de Enero de 1875, que por su importancia merece la citemos especialmente.

De esa distinta condición de unos y otros albaceas ha surgido la diferencia establecida por la jurisprudencia repetidísima de dicha Dirección, según la que, deben inscribirse los bienes de la herencia á nombre de los albaceas universales, cual si fueren verdaderos herederos, como requisito indispensable para ser inscritas después á favor de los compradores las enajenaciones hechas por aquéllos á fin de quedar cumplida la disposición del art. 20 de la ley Hipotecaria. Por el contrario, tratándose de albaceas particulares, deben ser inscritos los bienes previamente á favor de las personas llamadas á la sucesión aun cuando no conste la aceptación de la herencia, porque, como ha dicho el expresado centro, el hecho de la aceptación «constituye jurídicamente una condición suspensiva de la transmisión del dominio,

cuyo cumplimiento se retrotrae á la fecha en que se verificó la transmisión, y con arreglo á los principios fundamentales sobre inscripción y á lo dispuesto en el art. 16 de la ley Hipotecaria, son inscribibles los títulos traslativos del dominio sujetos á condiciones suspensivas».

A los albaceas estaba prohibido adquirir, pública ni secretamente, los bienes de la herencia, á no ser que á la vez fueran herederos y los adquiriesen en este último concepto.

Finalmente, el albacea separado de su cargo por sentencia judicial perdía lo que le hubiese sido dejado por el testamento ó lo que hubiere de percibir por virtud de él (ley 8.ª, tít. 10 de la Partida 6.ª); pero si fuere descendiente del causante ó heredero forzoso del mismo, quedaría siempre á salvo su legítima en opinión de la generalidad de los tratadistas.

Con lo expuesto queda dicho cuanto debíamos indicar, como sucinto antecedente histórico acerca de las distintas manifestaciones de la última voluntad, admitidas por la legislación vigente á la publicación del Código, y solemnidades que debían concurrir en cada una de ellas, para la más fácil inteligencia de las importantes reformas introducidas en la materia, y desde luego pasamos á ocuparnos de la relativa á las mandas y legados.

§ 4.º

MANDAS Y LEGADOS

Aparte de los bienes dejados al heredero, podía el testador conferir alguna otra porción del caudal hereditario á éste ó á terceras personas, en testamento ó codicilo, según las leyes 1.ª y 34, tít. 9.º, Partida 6.ª, y esto es lo que en derecho se llama manda ó legado, en cuya materia ninguna novedad sustancial ha venido á introducir el Código; pues en este punto se ha limitado á consagrar y fijar la doctrina de nuestra anterior legislación.

Existiendo herederos forzosos, el testador sólo podía invertir en legados la parte libre del haber hereditario, ó sea el sobrante

después de deducido el caudal de legítima; es decir, el quinto cuando los herederos eran descendientes, y el tercio si ascendiente, debiendo reducirse las mandas, en el caso de perjudicar el caudal de legítimas, hasta completar éste, conforme á lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. 11 de la Partida 6.ª En el caso de no haber herederos forzosos podía distribuir en mandas ó legados todos los bienes de la herencia.

Las mandas, según la legislación que apuntamos, podían hacerse puramente y sin condición alguna, á día cierto, desde cierto día, ó bajo condición determinada. También podían ser hechas con causa, modo ó demostración, entendiéndose por causa, el motivo porque fuera hecho; por modo, el fin que moviera el testador, y por demostración, la descripción ó explicación de la cosa legada. La expresión de una causa falsa no viciaba el legado, á menos que el testador no hubiere indicado de modo claro lo contrario, y la explicación ó descripción inexacta de la cosa legada no le invalidaba si podía ser conocida ó se sabía á cuál quiso aludir el testador, excepto en el caso de que resultara su no existencia: en cuanto al modo, si el legatario puso de su parte todos los medios que á su alcance estaban para que se cumpliese el fin que el testador se propuso, y no pudo, sin embargo, conseguirlo, no por eso perdía el legado (leyes 18, 20 y 21 del tít. 9.º, Partida 6.ª).

El testador podía gravar con mandas y legados, no sólo al heredero, sino también á los legatarios; pero no estaban obligados éstos á responder del gravamen sino hasta donde alcanzase el valor del legado, y si los herederos eran forzosos, sólo venían obligados á ello en cuanto excediera de su legítima.

Podían ser legadas, no sólo las cosas existentes á la fecha de la constitución del legado, sino también las que todavía no habían nacido ni existían, con tal que se esperase su nacimiento y existencia (ley 12 del título y Partida citados). Podían también ser objeto de legado las cosas propias del testador y las ajenas, siempre que al hacer el legado supiera el testador que no eran suyas, y aprobándolo así el legatario, obligado estaba el here-

dero á comprar la cosa legada, y si su dueño no quería venderla, á dar al legatario su valor. Esta clase de mandas era conocida entre los tratadistas con el nombre de legado de cosa ajena. Si el testador ignoraba que no era suya la cosa legada, no valía la manda, á no ser en el caso de estar hecha ésta á favor de persona allegada al testador, como su mujer ó sus parientes, por que en tal caso debía entenderse, como dice la ley 10 del mismo título y Partida, que si hubiera sabido que la cosa legada ó alguna de dichas personas era ajena, la hubiera mandado dar ó comprar de sus bienes propios, tanto cuanto estimase que podía valer aquello que era objeto del legado. Y si el legatario adquiría por título oneroso después de la constitución del legado la cosa ajena que el testador le legó, podía pedir también su estimación, según la ley 43 del propio título y Partida.

Por razón de la materia denominábanse también los legados de *género* y *de especie*. El primero era el que se hacía de alguna cosa indeterminada de cierto género, sin especificarla, como, por ejemplo, una cosa sin determinar cuál. Este legado era válido, y en dicho caso, el heredero venía obligado á entregar una cosa que no fuera ni muy superior ni muy inferior, habida consideración al caudal hereditario y á las circunstancias personales del legatario, en el caso de haber varias de la misma clase en la herencia. Según la ley 23, tít. 9.º de la Partida 6.ª, el heredero no estaba obligado á cumplir el legado de género cuando no había en la herencia de la cosa legada, por estimarse entonces que el testador lo hizo más por escarnio que por otra cosa; pero los autores no estaban de acuerdo en la inteligencia de su precepto, siendo la opinión comúnmente admitida la de que en dicho caso debía el heredero comprar la cosa genérica legada y entregarle al legatario. En el legado de género, fuera propia ó ajena la cosa legada, no se debían los frutos al legatario sino desde que se constituían en mora el heredero.

Legado de *especie* era el que consistía en cosa determinada y específica, que no podía confundirse con ninguna otra. El legatario en esta clase de legados adquiría la propiedad desde la

muerte del testador y hacía suyos los frutos pendientes, así como el incremento que hubiera tenido desde que fué legada hasta su entrega (leyes 34 y 37, tít. 9.º de la Partida 6.ª).

Legado de *alimentos*, como su nombre lo indica, era el que tenía lugar cuando el testador dejaba alimentos á alguna persona. Si no se determinaba la cantidad en que habían de consistir ó tan sólo se ordenaba que se le diera al legatario lo necesario para vivir, debía comprenderse en ello tanto la subsistencia como el vestido y la habitación, pero no la enseñanza, á no expresarlo el testador (ley 12, tít. 19, Partida 4.ª). Si el legado era sólo de los alimentos diarios, debía satisfacer el heredero únicamente la comida, haciéndose la regulación con arreglo á las facultades y rentas de los bienes del testador, si éste no fijó el importe de dichos alimentos ó no constaba lo que en vida diera con dicho objeto al legatario ó á otros de su condición (ley 24, título 9.º de la Partida 6.ª)

El testador podía legar á un deudor, expresa ó tácitamente, lo que éste le estuviera debiendo. Dicho legado se llamaba de *liberación*, puesto que extinguía la acción para reclamar la cantidad adeudada, y aunque no fuera cierta la deuda valía el legado, pues se estimaba que la intención del testador había sido favorecerle en la suma que creía debida (ley 19 del mismo título y Partida).

Podía dejarse también al legatario lo que al testador le debiera un tercero, cuya manda era conocida con el nombre de legado de *crédito*.

Conocíase también en dicha legislación el legado de *deuda*, el cual tenía lugar cuando el testador legaba á un acreedor lo que á éste estuviese adeudando Este legado reportaba la ventaja de que mediante él se hacía líquida y exigible desde luego la cantidad debida. También existía el legado de *parte alícuota*, que consistía en una parte proporcional de la herencia, el cual daba al legatario personalidad para promover el juicio de testamentaría.

Tenían capacidad para ordenar legados ó para ser favoreci-

dos con ellos, todos los que tuvieran capacidad para testar ó para ser instituídos herederos respectivamente, y se perdían por las mismas causas de indignidad que hemos citado al hablar de la testamentifacción pasiva.

Tanto la ley como la jurisprudencia tenían admitido que legada una cantidad en testamento, y la misma en codicilo, el heredero tenía que pagar ambos legados, á no probar que otra era la voluntad del testador.

Por el contrario, legada dos ó más veces en un testamento una cosa determinada ó específica, no debía entregarla más que una sola vez, á no ser que se probase que el testador había querido que fuesen dos ó más legados (ley 45, tít. 9.º, Partida 6.ª).

Concedido el derecho de opción al legatario, podía hacerlo; pero una vez elegida la cosa con que debía hacérsele pago del legado no podía dejarla y tomar otra. Si se confiaba la elección á un tercero y no lo hacía en el término de un año, podía hacer el legatario, pasado dicho término, según la ley 25 del título y Partida antes citados. Concedido á dos legatarios el derecho de opción á una misma cosa, si no se ponían de acuerdo debía decidir la suerte, y escogía el favorecido por ella, dándose al otro la estimación de su parte debidamente regulada.

El Derecho romano y la legislación de Partida tenían establecido que cuando las mandas consumieran toda ó casi toda la herencia, podía el heredero detraer la cuarta parte de ella ó la diferencia que mediase entre el exceso del caudal hereditario después de pagadas todas las deudas y el importe de dicha cuarta, ó sea la parte que faltare para completarla. Esta participación á que tenía derecho el heredero se llamaba *cuarta falcidia*, y para su computación había que estarse al tiempo de la muerte del causante. Instituída la *cuarta falcidia* con objeto de estimular la adición de la herencia para que el testamento no se hiciera ineficaz por la falta de heredero, se creyó por muchos que había dejado de tener aplicación á partir de la publicación del Ordenamiento de Alcalá el precepto que la establecía, toda vez que, según la ley 1.ª, tít. 19 de dicho cuerpo legal, no era nece-

saria la aceptación de la herencia y podía el testador invertir en mandas todo el caudal de su herencia; pero el Tribunal Supremo, en diversas sentencias, entre ellas en las de 7 de Diciembre de 1860 y 29 de Septiembre de 1866, reconoció la subsistencia de la misma, por cuyo motivo nos ocupamos de dicha institución en este punto.

No estaban sujetas á deducción de la *cuarta falcidia*, según las leyes 4.ª y 6.ª, tít. 11 de la Partida 6.ª:

1.º Las mandas hechas á la Iglesia ó por motivo piadoso.

2.º Las que eran dejadas en testamento militar.

3.º Las cosas determinadas que hubieren sido legadas con cláusula de no enajenarlas; y

4.º Aquellas respecto de las que prohibió el testador dicha deducción.

Ocioso es decir que en el caso de haber herederos forzosos no había lugar á la deducción de la *cuarta falcidia;* pues en dicho caso tenían que ser respetadas la legítima de los mismos, reduciéndose las mandas proporcionalmente hasta quedar libre aquélla.

Las mandas se extinguían por la voluntad expresa ó presunta del testador ó por actos independientes de éste, que hacían ineficaz su objeto ó imposible el fin que el mismo se propuso al ordenarla.

Por la voluntad expresa del testador se extinguían cuando el testador revocaba el testamento, codicilo ó memoria testamenria en que hubieren sido constituídas. Por la voluntad presunta del mismo, cuando el testador hacía á otro en vida donación de la cosa específica legada ó cuando de ésta se hacía otra nueva de distinta especie. Y finalmente, se extinguían por actos independientes del testador si el legado era de especie y parecía la cosa legada sin culpa del heredero; si legada una misma cosa en dos testamentos distintos la obtenía por uno de ellos; pero no si sólo recibió la estimación de ella, y cuando el legatario moría antes que el testador.

A la vez que de las mandas, debemos ocuparnos, por la ana-

logía de su naturaleza, de las donaciones *mortis causa:* que eran aquellas que se hacían hallándose en peligro inminente el donante, á condición de recobrar lo que fuera objeto de las mismas si salía de dicho peligro. Autorizadas se hallaban éstas por la ley 11, tít. 4.º, de la Partida 5.ª, y eran por regla general, revocables por otras disposiciones de carácter testamentario hechas con las solemnidades exigidas por la ley. Además, quedaban revocadas si el que las hizo salía del peligro que le movió á hacerla ó si el donatorio premoría al donante.

Podían hacer dichas donaciones los que tenían capacidad para testar, y podían constituirlas en testamento ó codicilo.

Según tenía declarado la jurisprudencia, la donación *mortis causa*, como acto unilateral, no requería para su validez la aceptación del favorecido por ella, y se transfería á éste el dominio de la cosa donada, aun sin la entrega de la misma, desde la muerte del donante.

La acción para reclamar la entrega era mixta de real y personal, y no prescribía hasta los treinta años.

§ 5.º

DE LA REVOCACIÓN É INEFICACIA DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES

El principio que, según hemos dicho, informaba nuestra anterior legislación en la materia de sucesión testada, era la revocabilidad de las últimas voluntades: por lo tanto, el testamento hecho perdía su fuerza y eficacia por otro posterior otorgado con las solemnidades debidas, según la ley 21, tít. 1.º de la Partida 6.ª, ya se revocase en él expresamente, ya no la anterior disposición.

Exceptuábase de esta regla tan sólo el testamento llamado *ad cautelam*, el cual para quedar sin efecto requería la revocación especial indicada ya al hablar de esta clase de últimas voluntades.

La revocación podía ser, en su virtud, expresa ó tácita, entendiéndose por tal el otorgamiento de un testamento posterior.

Sin embargo, si el segundo testamento fué hecho en la creencia de haber muerto el heredero instituído en el primero, no era eficaz aquél aun cuando subsistían las nuevas mandas ó legados hechas en el mismo.

No sólo perdía su fuerza el testamento por la revocación, sino que también quedaba ineficaz en los casos siguientes:

1.º Por la preterición de los herederos forzosos, ó sea por haber sido instituído un extraño existiendo herederos de dicha clase (ley 13, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación).

2.º Por nacimiento do un hijo después de otorgado el testamento, en cuyo caso se rompía ó desataba éste, según el tecnicismo de la legislación romana y de la ley 20, tít. 1.º de la Partida 6.ª

3.º Por la querella del testamento inoficioso; y

4.º Cuando el testador quebrantaba á sabiendas el sello ó sellos del testamento cerrado, borraba alguna de las firmas puestas en su cubierta ó el signo del notario, ó ejecutaba algún otro acto análogo que demostrase su intención y voluntad de dejar sin valor dicho testamento; pero no surtiría este efecto ninguno de los actos indicados si se probaba que había ocurrido por ocasión ó que no fué ejecutado á sabiendas (ley 24, tít. 1.º, Partida 6.ª).

Llamábase querella de inoficioso testamento, la reclamación que podían entablar para obtener la rescisión de un testamento los herederos forzosos, desheredados en el mismo sin causa ó en virtud de causa falsa; correspondiendo en este caso al instituído la prueba de la certeza de dicha causa (ley 1.ª, tít. 8.º de la Partida 6.ª).

Según hemos dicho en otra ocasión, ese derecho fué hecho extensivo por la ley 12, tít. 7.º de la misma Partida, á los hermanos cuando hubieren sido postergados á persona torpe ó de mala vida y fama.

La acción de inoficioso testamento prescribía á los cinco años, á contar desde que el heredero instituído entraba en posesión de la herencia. Sin embargo, si el perjudicado por la insti-

tución era menor, podía utilizar dicha acción hasta cuatro años después de haber llegado á la mayor edad.

Tampoco podía deducirse la querella de inoficioso testamento cuando el desheredado consintió en él recibiendo para sí ó para otro alguna manda, defendiéndolo como abogado ó procurador, ó consintiéndolo de algún otro modo (ley 6.ª, tít. 8.º de la Partida 6.ª).

No sólo se daba la querella de inoficioso testamento para la rescisión total de la última voluntad, sino que también podría deducirla el hijo perjudicado en su legítima para reclamar hasta el completo de la misma, á no ser que hubiere recibido sin protesta alguna lo que se le hubiere dejado en dicho testamento (ley 5.ª del mismo título y Partida).

De la sucesión intestada.

A falta de testamento válido y eficaz, ó cuando el heredero instituído no quería ó no podía percibir la herencia, tenía lugar la sucesión intestada. Llamábase también *legítima* dicha sucesión, porque era deferida por la sola disposición de la ley, y conocíase además con la denominación de *abintestato*, por contraposición á la testamentaría, porque en ella se suponía al causante muerto sin testamento, pues aunque le hubiera otorgado, se tenía por no hecho si resultaba ineficaz cuando menos en cuanto á la institución de heredero.

Tenía lugar dicha sucesión en los casos siguientes:

1.º Si el causante falleció sin otorgar disposición testamentaria.

2.º Si habiendo otorgado testamento, no lo hizo con las solemnidades requeridas para su validez.

3.º Si habiendo otorgado testamento válido, quedó después anulado ó ineficaz por alguna de las causas que hemos indicado al hablar de la revocación é ineficacia de las últimas voluntades.

4.º Si el testamento no contenía institución de heredero en todo ó en parte alguna de los bienes: supuesto que vino á hacer

posible la ley 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, al permitir la compatibilidad de ambas sucesiones, pudiendo por virtud de ella el causante morir parte testado y parte intestado.

5.º Si el heredero instituído moría antes que el testador ó no se cumplía la condición impuesta tratándose de herederos voluntarios.

6.º Si el heredero instituído no quería aceptar ó repudiaba la herencia, no habiendo sustituto nombrado ni lugar al derecho de acrecer.

7.º Si el heredero no podía aceptar la herencia por causa de incapacidad; y

8.º Si habiendo aceptado la herencia el heredero, era privado después de ella por alguna de las causas de indignidad.

Discutían y discuten los autores acerca del fundamento de la sucesión intestada, sosteniendo unos que dicho fundamento era la voluntad presunta del causante, derivada de los naturales vínculos de familia, y otros, por el contrario, le hacen nacer de la razón filosófica que atribuye á la propiedad el carácter de medio para cumplir el fin social de la vida dentro de la organización natural de la familia.

Según los primeros, entre los cuales se cuentan los más eminentes tratadistas antiguos, y con ellos Grocio, los llamamientos de la ley en la sucesión intestada son ó deben ser lo que el causante hubiera hecho en el caso de haber podido otorgar testamento, y por lo tanto, la teoría por los mismos sostenida, se basaba única y exclusivamente en el carácter individual de la propiedad. A su vez, los segundos atienden más á su carácter social ó colectivo, y estiman la sucesión intestada como la expresión de dicho carácter.

Pero cualquiera que sea la razón fundamental de esta institución, no nos toca por ahora detenernos en su examen, toda vez que al presente, nuestro propósito se reduce á la mera exposición del derecho español anterior al Código civil, como precedente necesario para el comentario de las disposiciones del mismo, y, por lo tanto, debemos prescindir del estudio y de la

crítica de las diferentes opiniones sostenidas por los autores acerca de dicho extremo.

Eran llamados por la ley á la sucesión intestada los parientes legítimos y naturales del difunto, el cónyuge superviviente y aun el Estado, por el orden siguiente:

1.º Los descendientes legítimos y los ilegítimos respecto de la sucesión de la madre.

2.º Los ascendientes.

3.º Los colaterales hasta el cuarto grado inclusive.

4.º Los hijos naturales respecto de la sucesión del padre.

5.º El cónyuge superviviente.

6.º Los colaterales desde el quinto al décimo grado inclusive; y

7.º El Estado.

Excusado es decir que, respecto de la sucesión instestada, regían las mismas causas de incapacidad é indignidad para la testamentifacción pasiva que las indicadas ya al ocuparnos de la sucesión testada, en cuanto no eran compatibles con la misma.

En ella, unos heredaban por derecho propio, y otros por representación, en virtud de la que un pariente vivo adquiría los derechos de otro ya difunto, en cuyo lugar, grado y acciones, se subrogaba.

En el primero de los órdenes ó llamamientos citados, es decir, en la línea de los descendientes, el derecho de representación tenía siempre lugar; en cambio no se daba en la línea de los ascendientes, y en cuanto á los colaterales, se admitía la representación á favor de los hijos y descendientes de los hermanos, los cuales podían heredar en concurrencia con sus tíos, sucediendo éstos *in capita* y aquéllos *in stirpe*.

Para mayor claridad conviene examinar por separado cada uno de dichos llamamientos.

§ 1.º

Primer orden de suceder: descendientes.

En la línea descendente, ó sea en el primer llamamiento hecho por la ley para la sucesión intestada, heredaban, en primer término, los descendientes legítimos sin limitación de grados ni distinción de sexo, y aunque fueran de distintos matrimonios; pues como decían nuestras antiguas leyes, todos están unidos con el mismo vínculo á su padre ó á su madre. Los hijos heredaban por derecho propio, y lo mismo sucedía cuando, sin haber hijos, los herederos eran otros descendientes de un mismo grado. Cuando con hijos concurrían otros descendientes, los primeros sucedían *in capita* y los otros *in stirpe* ó por representación, no pudiendo éstos percibir más que la parte correspondiente a su representado. Los hijos naturales legitimados por subsiguiente matrimonio sucedían juntamente con los legítimos, en cuyo lugar se colocaban, considerándose como tales, según la ley 1.ª, tít. 13 de la Partida 4.ª

A falta de hijos y descendientes legítimos, ó de hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, eran llamados á suceder en la herencia del padre los hijos naturales legitimados por autorización real; pero en la sucesión de los demás parientes concurrían éstos con los legítimos (ley 12 de Toro, ó sea la 7.ª, tít. 20, libro 10, de la Novísima Recopilación).

Cuando no existían descendientes legítimos ó legitimados, entraban á suceder los hijos naturales; pero había que distinguir entre la sucesión del padre y la de la madre. En ésta, los hijos naturales adquirían la totalidad de la herencia: en la del padre, sólo la sexta parte, la cual habían de dividir con su madre aunque aquél dejase á su fallecimiento mujer legítima (leyes 8.ª y 9.ª, tít. 13 de la partida 6.ª), y sólo en el caso de que el padre no tuviere descendientes ó colaterales hasta el cuarto grado, es cuando podían suceder dichos hijos en la totalidad de herencia, según la ley de 16 de Mayo de 1835.

En la sucesión de la madre, después de los hijos naturales eran llamados también los espúreos con preferencia á los ascendientes, á excepción de los de dañado y punible ayuntamiento ó habidos de clérigo de orden sagrada ó de fraile ó monja profesos (ley 9.ª de Toro, y 5.ª, título 20, libro 10 de la Novísima Recopilación).

En la sucesión del padre jamás heredaban los hijos espúreos.

§ 2.º

Segundo orden de suceder: ascendientes.

A falta de hijos ó descendientes con derecho á la herencia, eran llamados á suceder los ascendientes, con exclusión de los colaterales, con arreglo á las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación.

En este orden de suceder no se admitía el derecho de representación, excluyendo el más próximo al más remoto y sin distinción de sexo. En el caso de existir pariente en igualdad de grados de la línea paterna y de la materna, entre ambos se dividía la herencia por partes iguales, aunque los parientes de una de dichas líneas fueran en mayor número que los de la otra.

Estas reglas no regían para los pueblos donde estaba en uso el fuero de troncalidad, establecido por la ley 10, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, según el que los bienes del descendiente muerto sin posteridad debían volver al tronco ó raíz de donde habían salido, y por lo tanto, concurriendo en igualdad de grados ascendientes de ambas líneas, correspondían á los de la paterna los bienes que el difunto había recibido por parte de padre, y á los de la materna los que hubiese adquirido el causante por parte de la madre, dividiéndose por partes iguales los que procedieren ó fueren adquiridos por otras vías.

La ley 6.ª de Toro derogó la del Fuero Real antes citada, disponiendo, por el contrario, que los ascendientes sucedieran indistintamente á los descendientes en todos sus bienes de cual-

quier clase que fuese; pero dejó á salvo el fuero de troncalidad en aquellas villas lugares en que fuera guardado, según el uso de la tierra.

En primer lugar, eran llamados los ascendientes legítimos, y á falta de éstos, entraban á suceder los ilegítimos; pero fundado este orden de sucesión en el principio de reciprocidad con el de descendientes, había que distinguir según que se tratase de la línea paterna ó de la materna. En la primera, el padre sólo heredaba al hijo natural no legitimado en la sexta parte de sus bienes aunque la madre hubiere fallecido, correspondiendo el resto á ésta ó á sus herederos (ley 8.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª). En el caso de haber muerto el padre antes que el hijo natural, todos los bienes de éste pasaban á la madre. En la línea materna, la madre, no sólo heredaba al hijo natural en los términos que hemos visto, sino también hasta á los espúreos que no fueren de dañado y punible ayuntamiento ó sacrílegos, por la misma razón de reciprocidad antes indicada.

§ 3.º

Tercer orden de suceder: colaterales hasta el cuarto grado.

No existiendo ascendientes ni descendientes con derecho á la herencia, eran llamados á la sucesión, en tercer lugar, los colaterales hasta el cuarto grado, sin distinción de sexo, y excluyendo también el más próximo al más remoto, salvo el derecho de representación.

La computación de los grados de parentesco era la civil, ó sea subiendo hasta el tronco á partir del causante, y descendiendo después hasta la persona objeto de la computación, y contando tantos grados cuantas eran las personas intermedias, excepto la del tronco.

Entraban, pues, á suceder los colaterales, por el orden siguiente:

1.º Los hermanos de padre y madre, y en concurrencia con ellos, por virtud del derecho de representación, los sobrinos, hi-

jos de hermanos de doble vínculo, sucediendo aquéllos *in capita* y por partes iguales y éstos *in stirpe*. En el caso de concurrir sólo dichos sobrinos, entonces heredaban *in capita* por no haber lugar á la representación, la cual exige diversidad de grados, y por lo tanto, sucedían por partes iguales aunque fuera distinto el número de sobrinos de cada rama (leyes 5.ª y 8.ª, título 2.°, libro 4.° del Fuero Juzgo; ley 13, tít. 6.°, libro 3.° del Fuero Real; ley 5.ª, tít. 13, Partida 6.ª, y ley 8.ª de Toro.

2.° Los hijos sólo de padre ó madre, los cuales sucedían á falta de los anteriores, y en concurrencia con los sobrinos de dicha clase ó procedencia, heredando los primeros *in capita* y los segundos *in stirpe*, ó *in capita* todos si concurrían éstos solos. Es de advertir, que concurriendo hermanos de parte de padre ó consanguíneos y sus hijos con hermanos de madre y los suyos, los primeros heredaban sólo los bienes de parte de padre y los segundos los procedentes de la parte de madre; debiendo unos y otros partir con igualdad los que el difunto hubiere adquirido por sí (ley 5.ª, tít. 2.°, libro 4.° del Fuero Juzgo; ley 12. tít. 6.°, libro 3.° del Fuero Real, y ley 6.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª).

3.° En defecto de hermanos bilaterales ó unilaterales, y de sobrinos, hijos de unos y otros, entraban á suceder los tíos, y á falta de éstos, los primos hermanos (leyes 6.ª, tít. 13, Partida 6.ª, y 3.ª, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación).

Lo expuesto hasta aquí se refiere á la sucesión legítima. En la ilegítima, el orden establecido por dicha legislación era el siguiente:

1.° Los hermanos que el hijo natural tuviera por parte de madre, con exclusión de los paternos.

2.° En defecto de los anteriores, los hermanos legítimos que el padre natural tuviera por parte de padre; y

3.° Los hermanos naturales que tuviere por parte de padre (ley 12, tít. 13 de la Partida 6.ª)

Los hijos espúreos de cualquier clase que fueran no sucedían á los parientes de su padre ni éstos á ellos, y los que eran de punible y dañado ayuntamiento tampoco podían heredar á

sus hermanos y parientes por parte de madre, lo cual no sucedía respecto de los demás hijos espúreos que no tuvieran dicha condición.

§ 4.º

Cuarto orden de suceder: hijos naturales con relación á la sucesion del padre.

El cuarto de los órdenes ó llamamientos establecidos para la sucesión intestada por la legislación que exponemos, se refería única y exclusivamente al caso en que el causante fuere varón y falleciese sin descendientes ni ascendientes legítimos y sin colaterales dentro del cuarto grado, en cuyo caso llamaba á la herencia á los hijos naturales del finado legalmente reconocidos y á los descendientes de éstos. Dicho orden, por lo tanto, se contrae tan sólo á la sucesión del padre; pues en la de la madre, ya hemos dicho al ocuparnos del primero de los órdenes indicados, que eran llamados en dicha sucesión, con preferencia á los ascendientes, los hijos naturales y aun los espúreos que no fuesen nacidos de dañado y punible ayuntamiento ó sacrílegos.

En el derecho antiguo, los hijos naturales no sucedían al padre muerto intestado más que en la sexta parte de la herencia, siempre que no hubiere dejado descendientes legítimos, como tenemos dicho anteriormente, y aun les imponía la condición de haber de partir con su madre los bienes que por dicho concepto adquiriese, pasando el resto del caudal hereditario á las demás personas llamadas por la ley á suceder; pero la ley de 16 de Mayo de 1835, en su art. 2.º, inspirándose en las nuevas tendencias que informaban las legislaciones modernas, mejoró notablemente la condición de estos hijos, aunque no tanto como el Código civil vigente; pues si bien no estableció innovación alguna en el caso de existir ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, dispuso que á falta de dichos parientes heredasen al padre como herederos legítimos del mismo, con preferencia á la viuda de éste y á los colaterales que se hallaren fuera del cuarto grado.

§ 5.º

Quinto orden de suceder: cónyuge superviviente.

En defecto de las personas mencionadas en los cuatro órdenes precedentes, la ley llamaba á la sucesión al cónyuge superviviente no separado por demanda de divorcio, bastando para estimar dicha separación, que la demanda hubiere sido contestada al tiempo del fallecimiento del causante aunque no hubiese recaído sentencia en el pleito. A la muerte del cónyuge superviviente debían volver á los colaterales los bienes raíces de abolengo, según precepto expreso de la ley de 16 de Mayo de 1835, que, poniendo término á las discusiones pendientes á la sazón, vino á resolver las dudas que existían sobre la subsistencia del derecho concedido por algunas leyes á los cónyuges para sucederse mutuamente después de los colaterales.

La ley 11, tít. 2.º del libro 4.º del Fuero Juzgo, estableció que el marido debía haber la herencia de la mujer y ésta la del marido, cuando no hubiere otro pariente hasta el séptimo grado. La 6.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, sólo admitió ese derecho á falta de parientes hasta el décimo grado; pero después la 1.ª del título 22, libro 10 de la Novísima Recopilación, debida á Enrique III, y la Real cédula de 9 de Octubre de 1776, que disponían pasasen á la Cámara Real los bienes de los que morían abintestato sin ascendientes, descendientes y colaterales, ó sin herederos conocidos, vinieron á suscitar la confusión y la duda entre los autores, opinando unos que debía entenderse derogado por la primera de dichas leyes el derecho de los cónyuges, y otros, por el contrario, que éste había quedado subsistente al no ser expresamente revocado, dada la importancia de ese derecho y la vaguedad de dicha ley, que sólo habla de parientes, sin limitación ni expresión de calidades, entre los cuales había que considerar á los cónyuges. Finalmente, el Real decreto de 31 de Diciembre de 1829 y la Instrucción de 7 de Marzo de 1831, de que más adelante nos ocuparemos, al tratar del séptimo orden

de suceder, privaron al cónyuge superviviente del citado derecho, al disponer que á falta de parientes colaterales hasta el cuarto grado fuese heredera la Real Hacienda.

La incertidumbre creada por dichas disposiciones quedó desvanecida por la ley de 16 de Mayo de 1835, que llamó á la sucesión intestada á los cónyuges en los términos ya indicados.

Excusado es decir, que previniendo dicha ley que los bienes raíces de abolengo pasaran á los colaterales á la muerte del viudo, sólo heredaba el usufructo respecto de éstos con todos los deberes propios del usufructuario, correspondiéndole en pleno dominio los demás bienes inmuebles, así como los muebles.

La ley citada no derogó el derecho concedido á la viuda pobre por la ley 7.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª para reclamar en el caso de no ser heredera la cuarta parte de los bienes del marido aun cuando éste dejase hijos, siempre que no pasase de 100 libras de oro; de cuyo derecho, conocido con el nombre de *cuarta marital*, hemos de ocuparnos también más adelante.

§ 6.º

Sexto orden de suceder: colaterales desde el quinto al décimo grado.

Después de las personas antes indicadas y á falta de las mismas eran llamadas á suceder abintestato los colaterales del causante que se hallasen comprendidos desde el quinto al décimo grado, ambos inclusive.

No siempre han gozado de este derecho dichos parientes. La ley 6.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, extendió la sucesión de los colaterales, según ya hemos dicho, hasta el décimo grado; pero la ley 1.ª, tít. 11, libro 2.º, y la 6.ª, tít. 22, libro 10, ambas de la Novísima Recopilación, la limitaron al cuarto grado. Disputóse después si la computación de dicho grado debía hacerse con arreglo á la legislación civil ó á la canónica, hallándose entre los que sostenían este último Salas y Sancho Llamas (comentario á la ley 8.ª de Toro). Dichas dudas quedaron terminadas por virtud del Real decreto de 31 de Diciembre de 1829 ó Instrucción de

7 de Marzo de 1831, que establecieron que la computación dicha debía regularse por el orden civil, siendo restablecida la legislación de Partida por la ley de 16 de Mayo de 1835, si bien con la diferencia de establecer dos órdenes ó grupos distintos, uno hasta el cuarto grado civil y otro desde el quinto al décimo, llamando á los primeros en tercer lugar á falta de descendientes y ascendientes en los términos ya indicados, y á los segundos después del cónyuge superviviente.

A los colaterales de grado más remoto que el décimo les consideró dicha ley sin derecho á suceder, por estimar nulo ó sumamente débil el afecto de familia entre parientes tan lejanos, á pesar de que algunos Códigos habían extendido mucho más la sucesión de colaterales, como veremos en su lugar oportuno.

§ 7.º

Séptimo orden de suceder: el Estado.

No habiendo parientes hasta el décimo grado ni ninguna otra persona capaz para suceder abintestato al causante según los llamamientos anteriores, correspondía en último lugar la herencia al Fisco, ó sea al Estado.

La razón de este llamamiento está en el principio jurídico: *Fiscus post omnes*, y en efecto, lo que no pertenece á persona alguna en particular, debe pertenecer al cuerpo social, que representa la universalidad ó conjunto de los ciudadanos. Según hemos dicho ya, la ley 6.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, llamaba al Fisco después de los colaterales del décimo grado, lo mismo que la ley de 16 de Mayo de 1835, que establecía el orden de sucesión en el derecho vigente á la publicación del Código civil; pero si bien la legislación alfonsina extendió á tal extremo la sucesión de colaterales, las leyes 1.ª y 6.ª del tít. 22, libro 10 de la Novísima Recopilación, y el Real decreto de 31 de Diciembre de 1829 e Instrucción de 7 de Marzo de 1831, la restringieron hasta el cuarto grado, llamando después de los parientes de dicha clase y grado á la Real Hacienda. Restablecidas por la ley

de 16 de Mayo de 1835 las disposiciones de las Partidas, si bien con el llamamiento intermedio de los hijos naturales y del cónyuge superviviente, sólo entraba á suceder el Estado después de los colaterales del décimo grado inclusive.

Llamábase en dicho caso *vacante* la herencia, y comprendía los bienes todos después de pagadas las deudas del finado, aplicándose al Fisco, con destino en lo antiguo para la construcción de caminos ú otras obras públicas y después para el pago de la deuda pública. Hoy ha cambiado su aplicación; pues los bienes en que sucede el Estado por virtud de dicho llamamiento, conservado en el Código civil, deben ser destinados á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita, municipal, provincial ó general.

Réstanos indicar que, desde el momento en que una persona moría intestada, sus herederos abintestato adquirían derecho á la herencia por ministerio de la ley, y podían transmitir á los suyos dicho derecho, aunque no llegaran á poseer los bienes hereditarios y aun cuando estuviesen gravados dichos bienes con la servidumbre de usufructo.

DISPOSICIONES COMUNES Á LAS SUCESIONES TESTADA É INTESTADA

En este lugar debemos ocuparnos por su carácter común á ambas sucesiones: 1.°, de la aceptación y repudiación de la herencia y beneficos concedidos al heredero, relativos á la aceptación; 2.°, del derecho de acrecer; 3.° de la cuarta marital; 4.°, de los bienes reservables; 5.°, de la colación y partición; y 6.°, de las precauciones que debían tomarse cuando la viuda quedaba encinta.

§ 1.°

Aceptación y repudiación de herencia.

Tanto el heredero instituído en testamento como el abintestato podían libremente aceptar ó repudiar la herencia. La acep-

tación podía ser *expresa* ó *tácita:* tenía lugar, en el primer caso, cuando con palabras claras que no dejaban lugar á duda manifestaba su voluntad de admitir ó no la herencia; y en el segundo, cuando con sus actos, el heredero demostraba su intención de aceptar, siendo dichos actos tales que no tuvieran otra explicación. La repudiación, por el contrario, tenía que ser siempre expresa.

La aceptación y la repudiación de la herencia podía ser hecha por el mismo heredero ó por medio de procurador, siempre que fuere mayor de edad ó estuviere en plena posesión de su capacidad jurídica. Si el heredero estaba sometido á curatela, bien por razón de edad, bien por incapacidad, dicho curador era el que debía aceptar en su nombre. El menor de catorce años que no estaba bajo la patria potestad, podía aceptar la herencia con permiso del juez y no en otra forma. El mayor de catorce años y menor de veinticinco, podía aceptarla por sí y entrar en posesión de ella si no tenía padre ni curador (véanse las leyes 1.ª, 2.ª, 13 y 15, tít. 6.º de la Partida 6.ª). Excusado es decir que, según la ley 7.ª, tít. 7.º de la Partida 6.ª, si la repudiación ó la aceptación de la herencia era gravosa al menor, podía reclamarla después en el primer caso por vía de restitución, y en el segundo, repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto.

La mujer casada no podía sin licencia del marido repudiar la herencia *ex testamento* ni *abintestato*, pero sí estaba facultada para aceptarla con beneficio de inventario, según la ley 54 de Toro, 10, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación y el artículo 49 de la ley de Matrimonio civil.

Aunque el hecho de entrar en posesión de los bienes hereditarios, arrendarlos, etc., implicaba la aceptación tácita, no pudiendo ya repudiarla por consecuencia de ella el heredero, sin embargo, tenía el recurso de manifestar al juez, al entrar en posesión de los bienes, que al encargarse de ellos y de su custodia, al inventariarlos ó llevar á cabo cualquiera otra gestión, lo hacía con el único fin de que no se perdieran ó deteriorasen, y

no con intención de ser heredero, con lo cual á nada quedaba obligado (ley 11, tít. 16 de la Partida 6.ª).

Podía renunciarse la herencia verbalmente ó por escrito antes de entrar en ella, pero una vez renunciada, no podía demandarla á no ser menor, según ya hemos dicho. También podían reclamarla los nietos del causante, no obstante haberla repudiado sus padres, siempre que lo hicieran dentro del plazo de tres años y no estuvieran enajenados los bienes (ley 20, tít. 6.º de la Partida antes citada). Tratándose de herederos extraños, si alguno de ellos repudiaba la herencia, aquél ó aquéllos que querían aceptarla debían hacerlo en cuanto á su totalidad, porque la ley no permitía la renuncia ni la aceptación á medias (ley 18 del mismo título y Partida).

La renuncia de la herencia del padre podía surtir determinados efectos á favor de los hijos. En efecto, según la ley 21, título 13 de la Partida 5.ª, el hijo cuyos bienes de procedencia materna habían sido vendidos por su padre, podía ejercitar la acción reivindicatoria contra los que los compraron cuando no había querido heredar ni haber parte alguna en los bienes de su padre; y por el contrario, carecía de dicha acción en el caso de haber aceptado la herencia sin protesta ni reserva alguna, como lo declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Enero de 1862.

Conforme á las leyes 9.ª y 15 del tít. 13, Partida 1.ª y 13, título 9.º de la Partida 7.ª, hasta pasados nueve días desde la muerte del causante no podía intentarse acción alguna contra el heredero para que aceptase ó repudiase la herencia, ni podían ser demandados por los acreedores del difunto para el pago de las deudas que dejare.

Como veremos al examinar los preceptos del nuevo Código, éste ha reproducido en su art. 1004 la disposición de dichas leyes en lo que se refiere á la aceptación de la herencia, estableciendo además en el 1005 el derecho á compeler al heredero para que opte por una ú otra determinación dentro de un breve plazo, á cuyo efecto, instando en juicio un tercer interesado para

que éste acepte ó repudie, deberá el juez señalarle un término que no pase de treinta días para que haga su declaración; apercibido de que si no lo hace se tendrá por aceptada la herencia.

Por virtud de la aceptación, expresa ó tácita, el heredero se subrogaba en la personalidad del finado y en todos sus derechos, acciones y obligaciones; pero para que tal efecto produjera, era preciso que constase la aceptación por alguno de los modos indicados; teniendo declarado con repetición la jurisprudencia, entre otras sentencias, en la de 9 de Junio de 1885, que estando yacente una herencia, no podía hacerse extensiva á los hijos del finado la obligación de responder de las deudas de la misma, si no constaba que la aceptaron por ninguno de los medios por los que podía aceptarse la herencia.

Mientras ésta no fuere aceptada en forma, llamábase yacente, y en ella continuaba la personalidad del causante. Una vez aceptada, y entrado el heredero en posesión de los bienes, tenía lugar lo que se llamaba la adición de la herencia, y el dominio del heredero se retrotraía á la fecha del fallecimiento.

Derecho de deliberar.

Para la admisión ó renuncia de la herencia, nuestras antiguas leyes establecían un plazo, que podía ser de un año cuando le concedía el Monarca, y de nueve meses si lo era por el juez ordinario del difunto ó del territorio en que estaba sita la mayor parte de la herencia, no pudiendo bajar nunca de cien días, lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, de cuyo plazo debían disfrutar todos los herederos, traspasando á los suyos la parte de dicho plazo que faltaba por cumplir él que falleciere antes de terminado dicho plazo.

Conocíase con el nombre de derecho de deliberar esta facultad concedida al heredero, cuya razón ó fundamento es de suyo tan clara y evidente, que no requiere demostración alguna.

La ley 1.ª, tít. 6.º de la Partida 6.ª, admitió ese derecho, estableciéndose por la ley 2.ª del mismo título y Partida el término dentro del cual podía ser ejercitado por el que lo solicitase

dicho término, y respetado ese derecho por la legislación, por los tratadistas y por la jurisprudencia constante de los Tribunales, fué sancionado por el art. 1052 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el que se consignaba toda la doctrina vigente á la publicación del Código civil, tanto sobre el derecho de deliberar, como sobre el beneficio de inventario.

Según dicho artículo, no obstaba el juicio de testamentaría para que los herederos ejercitasen en tiempo el derecho de deliberar, debiendo solicitar el término legal para ello al mismo tiempo de promover el juicio. Formalizado el inventario, el juez debía mandar ponerlo de manifiesto para que pudiera en su vista resolver el heredero presunto lo que á sus intereses conviniera.

Beneficio de inventario.

La aceptación de la herencia podía ser hecha pura y simplemente ó á beneficio de inventario. En el primer caso, el heredero respondía no sólo con los bienes heredados, sino hasta con los suyos propios, de todas las deudas del causante; en el segundo, tan sólo venía obligado hasta donde alcanzaban los bienes que adquiría.

La ley 5.ª, tít. 6.º de la Partida 6.ª autorizó dicho beneficio, exigiendo que el inventario se empezara dentro de los treinta días siguientes al en que el heredero supiere que lo era, concluyéndolo antes de pasar los tres meses posteriores á su comienzo; que en su formación interviniera escribano, se diera conocimiento á los demás interesados en la herencia y se detallaran convenientemente los bienes que debían ser inventariados

El objeto del inventario no era otro que el de dar á conocer el estado de la herencia y su cuantía, para saber hasta dónde debía quedar obligado el heredero que utilizaba dicho beneficio pues éste, como hemos dicho y consignaba la ley 7.ª del título y Partida citados, no era tenudo de responder á los que habían de recibir las deudas en los bienes del finado, sino en tanto cuanto montaren los bienes ó la heredad que fueren escritos en el inven-

tario. Por lo tanto, aceptada una herencia á beneficio de inventario, no debían considerarse confundidos los bienes del testador con los del heredero, y así lo declaró el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 10 de Junio de 1859.

Según el art. 1052 de la ley de Enjuiciamiento civil, el juicio de testamentaría no era obstáculo para que los herederos ejercitasen en tiempo y forma el beneficio de inventario, debiendo manifestar su intención de utilizar dicho beneficio sin dilación alguna, es decir, en el mismo escrito, promoviendo el juicio si fuere incoado por ellos, ó tan pronto como fueren citados para él en otro caso.

Para ser eficaz el beneficio de inventario no bastaba que se aceptase la herencia en tal concepto, sino que se requería además que se llevase á ejecución en el tiempo y en las condiciones exigidas por la ley. Si el inventario no quedaba hecho dentro del plazo fijado en la ley 5.ª. tít. 6.º de la Partida 6.ª, desde entonces en adelante quedaban obligados los bienes todos del heredero como si hubiese aceptado la herencia pura y simplemente, y sin derecho á sacar para sí de las mandas la cuarta falcidia, según la ley 10 del mismo título y Partida.

Sin embargo, el Tribunal Supremo tenía declarado en sentencia de 19 de Enero de 1884, que si aparecía fuera de toda duda que el hijo al aceptar la herencia del padre hizo cuanto estuvo de su parte para disfrutar el beneficio de inventario, no siéndole imputable la dilación en la práctica de esta diligencia por no hallarse los bienes hereditarios en su poder ni á su disposición por estar sometidos á un concurso en el que quedaron asegurados ya los bienes, y cumplido, por lo tanto, el objeto que se propuso el legislador al prescribir la formalidad del inventario, que no fué otro que el de evitar fraudes y abusos en perjuicio de acreedores y legatarios, al no estimarlo así se infringían las leyes 5.ª y 7.ª, tít. 6.º de la Partida 6.ª, y se hacía aplicación indebida de la ley 10 antes citada; pues si bien ésta preceptúa que el heredero que no hiciere inventario en el término ordenado en las leyes anteriores quedaba obligado con sus propios

bienes y los del testador al pago de las deudas y mandas de éste, establece para ello como condición que *oviere entrado en la heredad del facedor del testanento.*

Otro de los efectos que producía la aceptación con tal beneficio, era que mientras duraba el tiempo otorgado al heredero para hacer el inventario, no podían mover pleito contra él para demandarle cosa alguna aquellos á quienes se dejase algo en el testamento (ley 7.ª del título y Partida tantas veces citados). Según Gregorio López, lo mismo debía decirse de los acreedores hereditarios.

El heredero, á virtud de dicho beneficio, tampoco podía ser compelido á pagar las mandas hasta que fueren satisfechas todas las deudas que el finado primeramente debía, y podía además retener la cuarta parte de los bienes que fincaren después de pagadas las deudas, y si no quedaban bienes suficientes para cubrir dicha cuarta parte, llamada falcidia, entonces tenía derecho á detraer la cuarta parte de cada una de las mandas hasta completarla. Pero si el heredero después que había hecho el inventario pagaba antes las mandas que las deudas del finado y no le quedaba más que la cuarta parte de la heredad, entonces los que debían de haber las deudas no podían demandar en primer término al heredero para que las pagase, sino que habían de deducir su reclamación contra los que recibieron las mandas, y éstos estaban obligados á tornar lo que recibieren, y si aun así no había bastante para satisfacer todas las deudas, el heredero tenía que satisfacer el resto con cargo á la cuarta parte que retuvo para sí.

Si el heredero al hacer el inventario maliciosamente ocultaba ó sustraía alguna cosa de la herencia y esto le era probado, obligado venía á pagar el doble de lo ocultado ó sustraído á aquellos que debían recibir algo de los bienes del finado (ley 9.ª, tít. 6.º de la Partida 6.ª) Los autores sostenían que, siendo legítimo el heredero, se entendía por el hecho de la ocultación ó sustracción que había aceptado la herencia pura y simplemente, renunciando al inventario, y ni aun podía repudiarla aun cuando hubiera

solicitado el término legal para deliberar. La ley 12 del propio título y Partida autorizaba dicha opinión.

Lo mismo sucedía cuando, constándole al hijo que la herencia de su padre estaba muy cargada de deudas, compraba para sí en cabeza de otro los bienes del finado (véase la misma ley antes citada).

§ 2.º

Derecho de acrecer.

Otra de las materias comunes á las sucesiones testada é intestada, es la relativa al *derecho de acrecer*, ó sea aquel en virtud del cual el coheredero ó colegatario que hubiera aceptado la herencia ó el legado á que fuera llamado conjuntamente con otros varios, recibía la porción vacante correspondiente á otro coheredero ó colegatario que no había podido ó querido entrar en posesión de ella.

El derecho de acrecer entre los colegatarios, como desde luego se comprende, sólo podía tener lugar en la sucesión testada; pero en cuanto á la de los coherederos, lo mismo podía darse en dicha sucesión que en la legítima, y por eso nos ocupamos de él en este lugar.

En la legislación romana tenía gran importancia y se fundaba en una necesidad de derecho, derivada del principio de que nadie podía morir parte testado y parte intestado. De dicha legislación lo copiaron las leyes 22, tít. 3.º, y 33, tít. 9.º de la Partida 6.ª; pero derogado por el Ordenamiento de Alcalá el principio de incompatibilidad de ambas sucesiones, perdió el derecho de acrecer su primitivo carácter y sólo quedó como una manifestación expresa ó presunta de la voluntad del causante de la sucesión.

Muchas fueron las cuestiones que en la práctica se suscitaron con motivo del derecho de acrecer; mas con la reforma introducida por la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, dejaron de tener importancia la mayor parte de ellas.

Con arreglo á las leyes de Partida citadas y á la jurisprudencia formada por las resoluciones dictadas con motivo de las cuestiones que en la práctica habíanse suscitado, tenía lugar el derecho de acrecer en materia de sucesiones cuando dos ó más personas eran llamadas á una misma herencia ó á cierta porción de ella, ó á alguna cosa determinada, sin designar la parte correspondiente á cada una de ellas; pues en otro caso, la parte especialmente asignada al que no quería ó podía aceptar había de pasar á los herederos abintestato.

Tres requisitos eran necesarios para que pudiera darse lugar al derecho de acrecer en la sucesión testada, á saber: 1.º, que no estuviesen establecidos sustitutos respecto del heredero ó legatario que dejare de entrar en posesión de la herencia ó del legado; 2.º, que las varias personas en cuyo favor estuviera hecha la institución, fueran llamadas conjuntamente ó sin designación de partes; y 3.º, que muriera antes que el testador la persona cuya porción había de ser acrecida, ó que antes de fallecer aquél ocurriera alguna de las causas por las que éste no pudiera haber dicha porción.

Los dos requisitos primeramente citados estaban dispuestos por la ley 22, tít. 3.º de la Partida 6.ª, cuya ley, después de determinar los tiempos en que el heredero necesitaba tener capacidad para recibir la herencia, añadía: «*ca si en cualquier destos temporales ouiessen alguno de los embargos por que non puedan los omes ser erederos, perderían por ende la erencia; é aberla y en los otros que fuessen establecidos en su lugar dellos, á que dizen en latín substitutos, ó los otros que fuessen en vno con ellos en el testamento*»; determinando así de una manera precisa que sólo á falta de sustitutos es cuando han de acrecer los demás que el testedor hubiera llamado conjuntamente, ó sea *en uno*, como dice dicha ley; estando además confirmada esta doctrina por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de 13 de Marzo de 1868.

El tercer requisito indicado estaba impuesto por la ley 33, título 9.º de la misma Partida 6.ª, cuya ley, después de establecer que la manda podía ser hecha válidamente á muchos, ya conjun-

tamente, ya á cada uno por sí, disponía que: «*si por auentura alguno dellos muriere en ante que el testador ó biuiendo renunciasse su parte, ó acaesciesse otra razon alguna porque non la ouiese aquel á quien fuere mandada, e estonce acrecerse y ha aquella parte á todos los otros á quien fuesse mandado como sobre dicho es*»; hallándose también confirmada dicha doctrina por el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de Diciembre de 1863 y 6 de Marzo de 1875.

La jurisprudencia tenía además declarado que instituídas conjuntamente dos ó más personas por sus *únicos universales herederos por partes iguales*, no podía en dicho caso caber la menor duda de que la voluntad del testador, entendidas llanamente y como suenan sus palabras, era que los instituídos fueran sus únicos y universales herederos sin dar entrada á ninguna otra persona en caso alguno; sin que varíe el sentido de dichas palabras la expresión de que hubieran de dividirse los bienes por *iguales partes*, porque ella no afecta á la institución de herederos sino á la ejecución y cumplimiento de esta misma para el caso de que sobreviviesen al testador los instituídos (sentencia de 2 de Junio de 1869).

En la sucesión legítima, la parte del que repudiaba la herencia ó no podía adirla acrecía á los coherederos, siempre que no hubiera lugar al derecho de representación; pues habiendo parientes con derecho á suceder por virtud de dicho derecho, éstos concurrirían en la parte correspondiente á su representado ó representados al goce de la porción vacante.

§ 3.º

Bienes reservables.

Deficiente en extremo era nuestra antigua legislación acerca de esta materia. La ley 5.ª, tít. 2.º, libro 5.º del Fuero Juzgo, en cuyo precepto creen algunos encontrar el origen de las reservas, dispuso ya que la mujer que hubiere recibido algunas donaciones de su marido, si después de los días de éste viviere honestamente ó se casare en legítimas nupcias, podía hacer lo que

quisiera de ellas si no tuviera hijos; pero que si los tuviera los habían de haber éstos; y en caso de vivir licenciosamente, los perdería la viuda. La ley 9.ª, tít. 12, libro 3.º del Fuero Real, ordenaba que la viuda no hiciera suyo lo que el marido le hubiera dado si no vivía honestamente, prescindiéndose en ella de si pasaba ó no á segundas nupcias. Las Partidas se ocuparon de las reservas por incidencia, disponiéndose en la ley 25, tít. 13 de la Partida 5.ª, que si muerto el marido se casara con otro la viuda, quedarían á favor de los hijos del primer consorte las arras y donaciones que éste le hubiera hecho, las cuales debían serles entregadas después de la muerte de su madre, quedando mientras tanto obligados los bienes de ésta para su seguridad. Esa obligación de reservar la amplió la ley 15 de Toro, recopilada en la 7.ª, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, que vino á resolver algunas de las dudas y cuestiones suscitadas á causa del laconismo y falta de expresión de las leyes anteriores, declarando que no sólo habían de reservar las mujeres binubas, todo lo que hubiesen adquirido del primer marido ó heredasen de los hijos del primer matrimonio, sino que extendió dicha obligación al viudo, ordenando que *en los mismos casos que las mujeres casadas segunda vez están obligadas á reservar, el varón que casare segunda ó tercera vez esté tenido á esta obligación.*

Dichas leyes y la jurisprudencia formada por los Tribunales, constituían la doctrina corriente á la publicación del Código civil. Según ella, estaban obligados á reservar el viudo ó viuda que pasare á segundo ó ulterior matrimonio, siempre que existieran hijos ó descendientes de aquel cónyuge de quien procedieran los bienes objeto de reserva.

La obligación citada se extendía, por regla general, á todos los bienes que el cónyuge sobreviviente había recibido del premuerto por testamento, donación ó por otro cualquier título lucrativo, y á los que el viudo ó viuda hubiere heredado de los hijos ó hijas del primer matrimonio. Estaban, pues, sujetos á reserva: 1.º, los bienes que los cónyuges recibieron recíprocamente por donaciones esponsalicias, arras, legados, cuarta mari-

tal, lecho nupcial ó cualquiera otra donación semejante, no comprendiéndose en ellos los bienes gananciales adquiridos por cada uno de ellos porque dicha adquisición no dependía de la voluntad de los consortes, sino de la ley; 2.°, todos los que hubieran adquirido por sucesión intestada de alguno de los hijos del primer matrimonio, siempre que éstos los hubieran antes heredado del padre ó madre difunto, y 3.°, las dos terceras partes que constituían la legítima de los ascendientes en la sucesión testada de los citados hijos, siempre que éstos los hubiesen adquirido del padre ó madre difunto. Sin embargo, la ley 15 de Toro, antes citada, no establecía diferencia alguna entre la herencia testada ó intestada de los hijos; pero la práctica, y la razón legal del concepto en que era adquirido el tercio restante del caudal legitimario, en dicho caso sancionaban tal distinción.

Comenzaba la obligación de reserva desde el momento en que el cónyuge superviviente contraía nuevo matrimonio, y cesaba en los casos siguientes: 1.°, si al morir el cónyuge que había contraído segundo ó ulterior matrimonio, no quedaban hijos ni descendientes del consorte anterior; 2.°, cuando los hijos del matrimonio anterior, mayores de edad, renunciaban expresamente al derecho que tenían en los bienes sujetos á reserva, sabiendo que estaba casado ya el cónyuge que los adquirió, y 3.°, por la renuncia tácita que implicaba el hecho de haber dado su consentimiento para el nuevo enlace los hijos en cuyo favor habían de quedar reservados dichos bienes. Sin embargo, algunos autores no estimaban suficiente ese consentimiento para hacer cesar la obligación de reservar, si al mismo tiempo no expresaban su voluntad de renunciar á dichos bienes.

Los efectos de la obligación de reservar, eran: 1.°, perder el cónyuge sobreviviente la plena propiedad que tenía sobre los bienes adquiridos del premuerto ó de sus hijos, sujetos á reserva, correspondiéndole tan sólo el carácter de usufructuario respecto de ellos; 2.°, venir obligado á hacer inventario de los bienes indicados, y 3.°, venir obligado igualmente á constituir hi-

poteca para la seguridad de los mismos, en los términos prevenidos en los arts. 168, 184 y 201 de la ley Hipotecaria; garantía que se extendía á los bienes del padrastro, en el caso de que no fueran suficientes para asegurar la devolución de los muebles los de la madre.

Otro de los efectos producidos por dicha obligación, consistía en las limitaciones que imponía al cónyuge superviviente para la enajenación de los bienes sujetos á reserva. Si la enajenación citada se llevaba á efecto antes de contraer el nuevo matrimonio, valía la misma, á no ser que se probara que cuando fué hecha tenía ya concertado dicho cónyuge el enlace, en cuyo caso podía rescindirse la enajenación ó sacarse su valor de los bienes propios del enajenante, si los tuviere, con arreglo á la ley 26, tít. 13 de la Partida 5.ª Si, por el contrario, se llevó á cabo la enajenación después de contraído el nuevo matrimonio, no dejaba de surtir efecto si al morir el enajenante no quedaban hijos ni descendientes, y aun quedando podría valer la enajenación, según la ley 24 del mismo título y Partida antes citados, si al tiempo del fallecimiento el cónyuge obligado á reservar dejaba bienes suficientes con que reintegrar el valor de los bienes reservables enajenados. En el caso de que no dejare bienes suficientes, podía entonces ser revocada la enajenación de dichos bienes hecha después de constituído el nuevo matrimonio, reclamándose los bienes del comprador si renunciaban antes los hijos á la herencia del padre ó madre que había hecho la enajenación, conforme á la mencionada ley 24, tít. 13 de la Partida 5.ª

§ 4.º

Cuarta marital.

En nuestro derecho anterior al Código, el cónyuge superviviente era llamado á la sucesión intestada después de los colaterales de cuarto grado; pero en la testada ningún derecho tenía reconocido por la ley, á no ser la viuda pobre, á la cual, por razones de humanidad y por vía de alimentos más que por título

de herencia, se le concedía el derecho á la cuarta parte de los bienes del marido, con las limitaciones que más adelante expondremos, aunque el difunto tuviera hijos ó herederos forzosos.

Conocíase ese derecho con la denominación de *cuarta marital* en razón á la porción ó parte de la herencia á que afectaba, y sólo se hallaba establecido á favor de la viuda que careciera de dote ó de otros bienes con que poder alimentarse y á quien el marido no hubiere dejado ningún legado ó manda con dicho objeto.

Tenía lugar lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, concurriendo en ésta la viuda con los descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado inclusive; pues después de ese grado era llamada al goce de la totalidad de la herencia, según la ley de 16 de Mayo de 1835, que reparó de este modo la injusticia cometida por la 6.ª, tít. 13 de la Partida 6.ª, que relegó el llamamiento del cónyuge supértite para después de los colaterales de décimo grado.

Los bienes adquiridos por razón de la cuarta marital estaban sujetos á reserva, viniendo obligada la viuda á reservarlos para los hijos del primer matrimonio si pasaba á segundas nupcias.

Cualquiera que fuese la cuantía de los bienes del finado, no podía exceder dicha cuarta de 100 libras de oro.

Tuvo su origen este derecho en la legislación romana; pues si bien en el primitivo derecho de dicha nación la mujer no fué llamada jamás á participar de la herencia de su marido ni aun cuando llegó á fundarse la sucesión en el vínculo civil de la agnación, más tarde, en una de las novelas de Justiniano, señalada con el núm. 117, se ordenó que la viuda pobre que careciese de los medios necesarios de subsistencia, recibiese á título de herencia legítima la cuarta parte de los bienes de su marido, excepto en el caso de que éste le hubiera dejado, bajo cualquier concepto, alguna parte de la herencia para vivir honestamente y con el desahogo que ordinariamente viviera.

Inspirado en los mismos motivos de piedad el legislador Alfonso X, trasladó ese derecho á nuestras leyes en la 7.ª, tít. 13

de la Partida 6.ª, cuyo tenor literal es como sigue: «Paganse los homes á las vegadas de algunas mugeres, de manera, que casan con ellas sin dote, magüer sean pobres; por ende, guisada cosa, é derecha es, pues que les aman é les honran en su vida, que non finquen desamparadas á su muerte. E por esta razón touieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexasse á tal muger en que pudiesse bien é honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo, que pueda eredar fasta la quarta parte de los dél magüer aya fijos; pero esta quarta parte non deue montar mas de cien libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente non ha demanda ninguna en los bienes del finado, en razon desta quarta parte.»

Dada su corta extensión, hemos preferido reproducir íntegramente la ley citada; pues sus términos claramente revelan la razón del precepto contenido en la misma, así como el origen de ese derecho que algunos han creído con error que era puramente castellano, cuando el mismo legislador se refiere, al establecerle, á lo que ya se había tenido por bueno en la antigüedad, para que no quedase la viuda pobre en desamparo, y según hemos dicho, era conocido en la legislación romana del tiempo de Justiniano.

Entendíase por algunos que la cuarta marital había quedado derogada, ó en desuso cuando menos; pero llevada esta cuestión al Tribunal Supremo, se declaró por sentencia de 20 de Octubre de 1860, que, lejos de estar derogado ni modificado ese derecho por las leyes posteriores, se hallaba vigente según el orden de prelación que al Código de las Partidas de la ley 3.ª, tít. 2.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación, lo mismo que la Real cédula de 15 de Julio de 1788, en concepto de derecho supletorio, aplicable en este caso, toda vez que ni las leyes del Fuero Juzgo y Fuero Real, ni las de la Novísima Recopilación, ni la de 16 de Mayo de 1835, tenían relación con el de que habla la ley 7.ª citada, que estableció la cuarta marital en concepto de alimentos. Por lo tanto, su deducción debía hacerse de todos los bienes hereditarios, como deuda legal del causante.

Discutían los autores acerca del valor que en la moneda corriente representaban las 100 libras de oro fijadas por la ley como límite de la cuarta marital, entendiendo unos que equivalían á 102.705 reales y 30 maravedises, y otros que 121.976 reales y 16 maravedises; pero estas discusiones han dejado ya de tener aplicación é interés.

Esa participación se sacaba del patrimonio especial del difunto, por ser deuda impuesta sólo al marido, y á más de estar sujeta á reserva, la perdía también la viuda cuando vivía deshonestamente, pasando á los herederos del marido, á semejanza de lo dispuesto en igual caso, respecto de los gananciales, por la ley 5.ª, tít. 6.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Más adelante, al examinar las reformas introducidas por el Código en la materia de sucesiones, veremos la importante novedad adoptada, respecto á los derechos del cónyuge superviviente, que ha venido á modificar por completo todo lo relativo á la cuarta marital.

§ 5.º

Colación y partición.

Colación.

Según la legislación anterior al Código civil, la herencia no estaba limitada, como no lo está en el derecho vigente, á los bienes relictos al fallecimiento del causante, sino que además habían de ser comprendidos en ella todos los sujetos á *colación*. Entendíase bajo esa denominación, según resulta de los propios términos de la ley 5.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, la agregación que los hijos y demás descendientes legítimos hacían al caudal paterno ó materno de los bienes que en vida les dieron sus padres, para que, contándoseles en parte de su haber, reciban todos, si no hubiera mejoras, una porción igual en la herencia; y tenía lugar, por lo tanto, en la sucesión de los padres ó de otros ascendientes, siempre que existieran hijos ó descendientes que, teniendo derecho á la legítima y no habiendo renun-

ciado á ella, hubieren recibido á cuenta de la misma algunos bienes durante la vida de sus padres ó ascendientes. Su objeto era evitar desigualdades injustas entre los hijos y los perjuicios que pudieran inferirse en los derechos legitimarios.

La ley 3.ª, tít. 15 de la Partida 6.ª, declaró que debía colacionarse todo lo que el hijo ganara en el comercio con el haber de su padre, ó sea lo que conocía con el nombre de peculio profecticio, así como la dote, las arras y las donaciones *propter nuptias*. Respecto de la dote, donaciones y demás bienes que los hijos hubieran recibido con ocasión de matrimonio, la ley 29 de Toro, recopilada en la 5.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, autorizó á los hijos para que, apartándose de la herencia, conservaran la dote ó las donaciones sin necesidad de traerla á colación, siempre que no fueran inoficiosas al tiempo de la muerte ó de la constitución, quedando á su elección el fijar cuál de dichas dos épocas había de tenerse en cuenta para hacer la computación. Si no resultaban inoficiosas en la época elegida, no tenía que colacionarse nada; y si, por el contrario, eran inoficiosas, se llevaba á colación el exceso de la legítima correspondiente.

Tanto por la ley de Partida como por la de Toro citada, era doctrina corriente que habían de colacionarse los mismos bienes recibidos, y no otros semejantes ó su valor; pero si dichos bienes habían desaparecido ó sido enajenados, la práctica tenía admitido que en lugar de ellos se colacionase su equivalencia en metálico.

En cuanto á las donaciones exceptuadas de la obligación de colacionar, la ley 5.ª, tít. 15 de la Partida 6.ª comprendía en ellas los bienes llamados castrenses y cuasicastrenses, así como lo gastado en libros, en dar carrera á los hijos y en armarlos caballero; y la 6.ª del mismo título y Partida hacía mención de las donaciones hechas por extraños y de las deudas contraídas por el hijo en nombre y beneficio del padre. También las leyes 2.ª y 3.ª del tít. 21 de la Partida 1.ª exceptuaban de la obligación de colacionar lo que los hijos clérigos adquirieran de la

Iglesia ó formase parte del peculio adventicio, y la jurisprudencia tenía establecido que no se colacionasen los frutos é intereses de los bienes colacionables. La deficiencia de las declaraciones indicadas motivaba multitud de dudas y cuestiones, que los Tribunales venían obligados con frecuencia á resolver.

Resumiendo en breves reglas la doctrina vigente á la publicación del Código, resulta:

Que estaban sujetas á colación:

1.º La dote de las hijas, no sólo las recibidas del padre, sino también las constituídas por extraños en contemplación á éste. Sin embargo, si la hija repudiaba la herencia ó el padre al constituirse prohibía que se trajera á colación, lo cual podía hacer conforme á la ley 3.ª, tít. 15 de la Partida 6.ª, entonces sólo tendría que colacionar la parte en que resultare inoficiosa la dote, es decir, el exceso de la legítima; pues, con arreglo á la ley 6.ª, título 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, ninguna persona podía ser mejorada por razón de casamiento, computándose su cuantía al tiempo del fallecimiento ó al de la constitución, á su elección, según la ley 29 de Toro antes citada.

2.º Las donaciones que los padres hacían á los hijos, movidos del deseo de socorrerles en alguna necesidad, más ó menos digna de consideración, ó sean las *donaciones con causa*, debiendo imputarse el exceso de la legítima en el tercio y quinto de mejora, en cuanto cupiese, conforme á la 5.ª, tít. 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

3.º Las donaciones esponsalicias, los vestidos, joyas y demás cosas que los padres del esposo hubieren dado á la esposa, aun cuando excediera su valor de la tasa legal.

4.º Las cantidades invertidas en utilidad y beneficio de los hijos, no siendo por gastos de su carrera ó por razón de alimentos; y

5.º Las donaciones sin causa ó hechas por acto de liberalidad á los hijos ó descendientes en vida del causante, en cuanto excedieren del tercio y quinto del caudal líquido del causante, toda vez que habían de estimarse dichas donaciones como una

mejora tácita; y lo mismo las mejoras expresamente hechas con bienes entregados en vida del mejorante, en cuanto dichas mejoras resultasen inoficiosas; es decir, en la parte que excedieren del tercio y quinto destinado á dicho objeto.

No estaban sujetos á colación:

1.º Los peculios castrense, cuasicastrense y adventicio, según la ley 5.ª, tít. 15 de la Partida 6.ª

2.º Los gastos hechos por los padres para dar carrera á sus hijos, puesto que dichos gastos se comprendían entre los alimentos necesarios; pero si el padre, al costear dicha carrera, manifestó que hacía los gastos citados á cuenta de la legítima, entonces debía acolarse la parte que excediere de lo que debía darle por alimentos, á no constar la voluntad de que dicho exceso se imputara á mejora.

3.º Los libros que el padre hubiere dado á los hijos para aprender alguna ciencia, así como las expensas para armarles caballeros, según la misma ley de Partida antes mencionada.

4.º Las donaciones simples, en cuanto no excedieran del tercio y quinto de mejoras, puesto que, como mejora tácita, tenían que ser considerados conforme hemos dicho antes; y

5.º Las mejoras expresamente hechas con bienes que hubieran sido entregados en vida del mejorante, en cuanto no excedieran también del tercio y quinto destinado á dicho objeto.

Partición.

Hechas las precedentes indicaciones acerca de la colación, podemos, desde luego, ocuparnos de la partición, con la cual se relaciona dicha materia.

Define la partición la ley 1.ª, tít. 15 de la Partida 6.ª, diciendo que era *departimiento que facen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por ella;* entendiéndose por partición de la herencia, la distribución del caudal hereditario hecha en el modo y forma ordenados por el testador, ó en su defecto, por la ley.

El fundamento de la partición está, no sólo en los inconve-

nientes que tiene siempre la mancomunidad, y más aún en una sociedad formada contra ó sin voluntad de los socios, como sería la hereditaria si todos los partícipes hubieran de permanecer constantemente en la indivisión, sino también en la indisputable conveniencia que, tanto en el orden jurídico como en el económico, reporta el que cada uno pueda disponer libremente de lo que fuere suyo sin necesidad de intervenciones extrañas en el caso de tener capacidad para ello: principio mantenido y aceptado por todas las legislaciones como el más conforme al derecho de propiedad.

Debían ser objeto de la partición, por regla general, todos los bienes del causante, inclusos los sujetos á colación, según hemos dicho anteriormente; pero como el uso de alguno de ellos podía ser nocivo ó inmoral, las leyes estimaron precisas algunas excepciones.

Según éstas, no podían ser objeto de partición:

1.° Las yerbas ponzoñosas y medicinas dañosas, las cuales debían inutilizarse (ley 2.ª, tít 15 de la Partida 6.ª).

2.° Los libros y escritos reprobados ó prohibidos por la Iglesia (véase la ley antes citada).

3.° Las cosas mal adquiridas ó robadas, las cuales debían ser restituídas á su respectivo dueño (la misma ley).

4.° Las que alguno de los herederos justificara que eran suyas, y las que los hijos no vienen obligados á colacionar; y

5.° Los documentos relativos á los honores ó privilegios concedidos á la familia, y las escritura ó instrumentos en que se comprendieran varias fincas adjudicadas á diversas personas, pues los documentos primeramente citados pasaban por prescripción de la ley al que sucedía en los honores ó privilegios á que se referían, y las escrituras indicadas quedaban en poder de la persona que hubiere designado el testador, y á falta de dicha designación, en el del mayor porcionero en la herencia; y teniendo todos igual participación, habían de entregarse al de mayor edad, excepto si era mujer, ó al que la suerte designara si se hubiera convenido en someterlo á la suerte; y en el caso de

que no se pusieran de acuerdo, habían de depositarse en lugar seguro mientras se resolvía la cuestión, y tanto el depositario en este caso, como el heredero á quien se entregasen, venían obligados á exhibirlos á los demás interesados y á permitir que se sacasen los testimonios necesarios (leyes 7.ª y 8.ª, tít. 15 de la Partida 6.ª).

La partición podía ser hecha judicial y extrajudicialmente.

Podía ser hecha judicialmente:

1.° Cuando los herederos eran menores de edad ó incapacitados y el testador no hubiera prohibido la intervención judicial. Sin embargo, aunque el testador hubiese prohibido dicha intervención, siendo forzosos los herederos, no por eso dejaba de hacerse judicialmente la partición si éstos lo pedían, pues no podía obligarles esa prohibición.

2.° Cuando los herederos, siendo mayores de edad, lo pidieran, á no ser que el testador lo hubiere prohibido y los herederos fueran voluntarios: pues si se tratase de herederos forzosos, ya hemos dicho que no les obligaba tal prohibición.

Podía ser hecha extrajudicialmente:

1.° Si el testador hubiera hecho la distribución por sí, la cual debía ser llevada á efecto en todas sus partes si fueran extraños los herederos; pero si éstos eran forzosos, sólo valía si no perjudicaba sus legítimas.

2.° Cuando el testador hubiera nombrado á persona ó personas que la hiciesen; pero si había algún menor interesado ó algún incapacitado ó ausente, era precisa la aprobación judicial (ley 10, tít. 21, libro 10 de la Novísima Recopilación, y art. 1049 de la ley de Enjuiciamiento civil); y

3.° Si los herederos eran todos mayores de edad y convenían entre sí en hacerlas en dicha forma (ley 8.ª, tít. 4.°, libro 3.° del Fuero Real) y aunque hubieran promovido juicio de testamentaría, podían libremente separarse de él en cualquier estado del mismo y hacer la partición extrajudicial (art. 1047 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Las personas encargadas de practicar la partición se llama-

ban *contadores partidores*. En el caso de que no fueran nombrados por el testador, su designación correspondía á los herederos. Si se había promovido juicio de testamentaría, hecho el inventario y practicadas las demás diligencias que preceptúan los artículos 1055 á 1067 de la ley de Enjuiciamiento civil, el Juzgado debía convocar á los herederos á junta, conforme al art. 1068 en relación con el 1070 de dicha ley.

Hecho el nombramiento, ya judicial, ya extrajudicial, de los contadores, debía entregarse á éstos el inventario formado de los bienes relictos al fallecimiento del causante y los papeles y documentos relativos á la herencia, para que procedieran al desempeño de su cargo.

La legislación que examinamos era muy deficiente en este punto; pero la práctica y la jurisprudencia habían suplido dicha deficiencia, estableciendo los principios y reglas que habían de servir de base á la partición, los cuales han sido elevados á preceptos legislativos por el Código civil, en conformidad á lo dispuesto en la base 18 de la ley de 11 de Mayo de 1888.

Previo el avalúo de los bienes inventariados, que debía ser hecho por los peritos que los herederos designaren, si el testador no los había nombrado, ó por los contadores, si se les facultó para ello y después de los supuestos correspondientes en que se establecían las reglas y bases á que había de ajustarse la partición en cada caso, los contadores debían proceder á fijar el cuerpo de bienes, compuesto de los totales de cada clase de los comprendidos en el inventario, asignando á los mismos el valor atribuído en la tasación hecha; y fijado así el cuerpo general de bienes, se pasaba á la liquidación del caudal hereditario, deduciendo de aquél, ó sea del caudal inventariado, las bajas comunes y el privativo de cada uno de los cónyuges, si el finado estaba casado, y el resto constituía el caudal de gananciales partible entre ambos cónyuges.

Hecho esto, se procedía á fijar el haber privativo del finado, compuesto por su aportación á la sociedad conyugal, más la mitad de gananciales, en su caso, y los bienes colacionables, de-

duciéndose después de él, el lecho conyugal, las arras, en su caso, y demás bajas especiales del mismo. Formado así el caudal hereditario, si había herederos forzosos se liquidaba el de legítimas, el cual se distribuía entre dichos herederos por partes iguales, á no ser que éstos fueran descendientes y alguno ó algunos hubieren sido mejorados en el tercio, en cuyo caso se deducía dicho tercio para adjudicarlo al favorecido ó los favorecidos con la mejora, y el resto se dividía en partes iguales entre todos los herederos. Del resto del haber hereditario, deducido el caudal de legítimas, se bajaban los gastos del funeral, entierro y disposiciones hechas en bien del alma del testador, los legados y demás cargas; y el resto, si los herederos eran descendientes y alguno ó algunos habían sido mejorados en el quinto, se aplicaba á ellos, y en otro caso, acrecía éste á la parte de la herencia que había de distribuirse entre los herederos. Si los legados y mandas excedían de la parte libre del caudal hereditario, se reducían éstos en la forma que hemos indicado al hablar de ellos, puesto que sobre las legítimas no podía imponerse carga ni gravamen alguno.

Liquidado y dividido de este modo el caudal hereditario, se formaba á cada uno de los herederos su respectivo haber, procediéndose á continuación á su pago, ó sea á la adjudicación de los bienes de la herencia con que habían de ser satisfechos, formándose á cada heredero su correspondiente hijuela encabezada con el haber liquidado al mismo y seguida de los bienes adjudicados en pago. A continuación, y por medio de declaraciones, se establecían las estipulaciones convenidas respecto á los derechos y obligaciones comunes á todos los herederos.

Hemos dicho ya, que por la deficiencia de las leyes en este punto, la práctica había establecido las reglas á que debían ajustarse los contadores partidores en la distribución y adjudicación de los bienes de la herencia entre los herederos en pago de sus respectivos haberes. Dichas reglas son las siguientes: 1.ª, que se procurase la más exacta igualdad así en el haber correspondiente á cada heredero como en los bienes aplicados para su

pago, adjudicándose en lo posible la misma porción proporcionalmente en lo bueno, en lo malo y en lo mediano; 2.ª, que se evitase en la formación de las hijuelas la subdivisión de los bienes entre varios herederos cuando no fueran susceptibles de cómoda división, adjudicándose á uno solo en este caso aun cuando excediere de su haber, con la obligación de satisfacer el resto á los demás coherederos si en ello convinieren todos los interesados; y no conviniéndose, se adoptaba el medio de la licitación ó se sometía á la suerte la designación si eran varios los que la querían, ó se sacaba á la venta en otro caso; 3.ª, que en las fincas divisibles que hubieran de distribuirse entre varios, no se consignase el haber de cada uno en porciones separadas entre sí, sino unidas en cuanto fuera posible. y si tuviera alguna servidumbre, hacer que todos pudieran usarla sin entrar en la parte de otro para su disfrute; 4.ª, que si en alguna de las fincas tuviera ya parte un heredero, se prefiriera á éste para su adjudicación, para evitar en lo posible la coparticipación ó comunidad; 5.ª, que en la división que se hiciere entre el cónyuge supértite y los herederos del finado, se hiciera pago á aquél con los bienes que aportó al matrimonio ó en los que se adquirieran con el producto de éstos si existiesen; 6.ª, que los créditos se adjudicasen de modo que ninguno quedase perjudicado, distribuyéndose proporcionalmente los cobrables é incobrables, ó adjudicándose proindiviso unos y otros, si bien en este caso se aconsejaba facultar á uno para que los cobrase y dividiera el total entre ellos; y 7.ª, que si había deudas que no se hubieran pagado antes de la división, se hiciera la correspondiente hijuela para pago de ellas, adjudicándose á uno ó á todos los herederos, según se conviniera, los bienes necesarios para pago de ellas, ó quedando obligados todos al abono proporcionalmente á su participación en la herencia.

Terminadas las operaciones de liquidación, cuenta, partición y adjudicación, hechas judicial ó extrajudicialmente, habiendo menores, incapacitados ó ausentes, debían ser presentadas al juzgado correspondiente para que se pusieran de manifiesto á

los interesados, y en el caso de no ser impugnadas dentro del término establecido para ello, eran aprobadas, debiendo ser después protocolizados notarialmente. Las particiones extrajudicialmente hechas, cuando los herederos eran todos mayores de edad, no necesitaban la aprobación judicial, y se protocolizaban desde luego, mediante la oportuna escritura de conformidad ó aprobación, otorgada por todos los interesados en ella.

Aprobadas las particiones, quedaban todos los herederos obligados recíprocamente entre sí á la evicción de los bienes que á cada uno de ellos le hubieran sido adjudicados, excepto en los casos siguientes:

1.° Cuando el padre hubiere hecho la división y no resultaren perjudicadas las legítimas de los hijos, según la ley 9.ª, título 15 de la Partida 6.ª, la cual, después de imponer á los coherederos la obligación recíproca de la evicción terminantemente declara que *si el padre partiese él mismo la heredad en vida entre sus hijos para después de su muerte, si después que él finare venciesen alguno de ellos en juicio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, entonces los otros herederos no serían tenudos de facerle enmienda ninguna.*

2.° Cuando hecha la partición por los coherederos hubieran convenido todos en que ninguno quedase obligado á la evicción, pues como el derecho á ella es y era renunciable, mediante la renuncia que mutuamente se hacían de ese derecho todos los herederos, quedaba extinguida la obligación correlativa de sanear los bienes transferidos á los demás copartícipes en la herencia.

3.° Cuando se tratare de alguna finca adjudicada por partes iguales á todos los herederos; y

4.° Cuando la cosa adjudicada pereciera por su propia naturaleza.

Aun después de aprobadas las particiones podían ser éstas rescindidas, y aunque los autores citaban otros varios motivos de rescisión, los principales eran los siguientes:

1.° Los que producían la nulidad de todo acto ó contra-

to, como el haber intervenido error, dolo ó fraude, etc., aunque, en realidad, ésta no era causa de rescisión, sino de nulidad, pues la rescisión presupone que lo que se deja sin efecto por virtud de ella, ha tenido eficacia alguna vez, y, por el contrario, lo que adolece de un vicio de nulidad no puede ser eficaz en ningún tiempo.

2.º La lesión en más de la mitad del valor adjudicado, haciendo aplicación de la regla general establecida en la ley 2.ª, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación para todos los contratos, á los cuales se les consideraba equiparada la partición cuando los interesados en ella le prestaban su conformidad, ya judicial, ya extrajudicialmente, y, por lo tanto, dicha causa de rescisión era de estimar sólo cuando no había sido motivo de impugnación á las particiones y de resolución en la sentencia que recayera en la oposición citada; y

3.º Cuando en ellas se infería perjuicio á un menor en más de la sexta parte, en cuyo caso la práctica tenía admitido que hubiera lugar á la restitución *in integrum*, por más que nuestras antiguas leyes no habían determinado la cuantía para la restitución por lesión, limitándose á decir vagamente cuando hubiere *gran pro ó gran daño del mozo.* Ese beneficio debía ser utilizado en el término de cuatro años, que habían de empezar á contarse desde que dicho menor había dejado de serlo ó había llegado á la mayor edad, según ordenaba la ley 8.ª, tít. 9.º de la Partida 6.ª

Por virtud de la rescisión habían de ser hechas de nuevo las particiones, á no ser que pudiera subsanarse de otro modo la causa que hubiere dado lugar á ella, ó repararse en otra forma el daño ó el perjuicio causado.

§ 6.º

Precauciones que debían adoptarse cuando la viuda quedaba embarazada.

Con el propósito de salvar los intereses de un hijo póstumo cuya legitimidad pudiera ser impugnada, y de prevenir á la vez

los perjuicios que debieran inferirse en sus derechos á los legítimos herederos mediante la suposición de partos posteriores al fallecimiento del causante, nuestro antiguo derecho estimó necesaria la adopción de determinadas precauciones en el caso de quedar embarazada la viuda á la muerte de su esposo, para comprobar la certeza de dicho estado y la del nacimiento del póstumo en condiciones de poder crear derechos, evitando así la posibilidad de ilegítimas ficciones.

Con dicho objeto la ley 17, tít. 6.º de la Partida 6.ª, ordenó que la mujer que quedase embarazada á la muerte de su marido debía hacerlo saber á los parientes más próximos del mismo, dando aviso de ello á dichos parientes dos veces cada mes desde que ocurriera el fallecimiento hasta que ellos enviasen quien hubiera de reconocerla para comprobar si se hallaba ó no en dicho estado. Y si acaso los parientes dudaren de ello, debían enviar cinco buenas mujeres que fueran libres para que practicaran nuevo reconocimiento, de tal manera, que no cupiera duda alguna. Además podían mandar dichos parientes quien guardase á la viuda, si querían, disponiéndose á este efecto que el juez del lugar, si los parientes del muerto lo demandaren, debía escoger casa de alguna buena dueña y honesta en que viviera la viuda hasta que pariera; y la así depositada, cuando entendiere que estaba cercano el parto, debía hacerlo saber á los parientes del finado treinta días antes de que ocurriera, para que éstos enviasen otra vez persona que hiciera un nuevo reconocimiento. Y en aquella casa donde hubiera de parir no debía haber más de una entrada, y si más tuviera, debíanla cerrar, y á la puerta de ella podían poner dichos parientes tres hombres y tres mujeres libres, teniendo ellos dos compañeros y ellas dos compañeras que la guardasen. Y cada vez que la viuda hubiera de salir de la casa en que estaba depositada y entrar en otro, bien para tomar baño ó para cualquier otra cosa, debían las que la guardaban reconocer toda la casa en que entrara ó el lugar en que se quisiese bañar, de manera que no pudiera ocultarse si había dentro alguna otra mujer que estuviera preñada ó algún

niño escondido ú otra cosa alguna en que pudieran recibir engaño. Y cuando algún hombre ó mujer quisiera entrar en la casa en que se hallase depositada la viuda, debíanlos reconocer de manera que por su entrada no pudiera ser hecho engaño.

Dispuso, además, dicha ley, que sintiendo la mujer los síntomas de próximo alumbramiento, debíalo aún hacer saber otra vez á los parientes para que enviaran á reconocerla y guardarla si quisieran, y cuando estuviera de parto no debía haber en dicha casa ningún hombre, pero sí podían estar hasta diez mujeres buenas y hasta seis sirvientas, que ninguna de ellas estuviese preñada, y otras dos mujeres entendidas de las que acostumbraran á ayudar á las parturientas.

Gregorio López, glosando y comentando dicha ley, dice que debían ser expulsadas todas las demás mujeres que pudieran venir, por si alguna, hallándose encinta, pudiera llevar consigo alguna criatura, y fingir el parto.

Mayores precauciones aún adoptó la ley de Partida citada, previniendo que en la casa en que estuviera depositada la viuda debían arder cada noche tres lumbres hasta que tuviera lugar el parto, para que no pudiera ser hecho ningún engaño escondidamente; y cuando la criatura hubiera nacido, debíanla mostrar á los parientes del marido si la quisieran ver.

Siendo guardadas todas las reglas dichas, heredaría el hijo póstumo los bienes del padre. Pero si la viuda de quien hubiera duda de si estaba embarazada ó no, no quería dejarse reconocer ó que la guardasen en la forma dicha ó en alguna otra forma acostumbrada y usada en el lugar en que viviera, nada había de entregársele de los bienes del finado, aunque pariese y viviese el hijo, á menos de probarse que éste había nacido de ella en tiempo en que pudiera ser hijo ó hija de su marido.

Era un principio generalmente admitido en nuestro antiguo derecho, como en todas las legislaciones, el que la muerte del padre no debiera perjudicar al póstumo, y por eso al feto, ó al hijo meramente concebido, se le tenía por nacido ó vivo para lo favorable, y por lo tanto, con capacidad para adquirir por título

de herencia. Pero para evitar posibles simulaciones la ley adoptó en todo tiempo ese lujo de medidas preventivas ó de precauciones que resultan de la ley citada.

No bastaba el reconocimiento de la viuda y la comprobación del embarazo, pues todavía podía, á pesar de ello, darse lugar á la suposición de parto si la viuda abortara con posterioridad al reconocimiento; y aunque así no fuera, cabía el hacer pasar como sujeto de derecho al póstumo que no naciera con las condiciones exigidas para ello, y por eso la ley imponía el depósito y custodia de la viuda, la asistencia al parto y demás medidas con tanta minuciosidad establecidas en la ley de Partida mencionada; con cuyas prescripciones estaba de acuerdo la 3.ª, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, que prevenía se enviasen por el alcalde, á solicitud de los parientes, dos mujeres buenas al parto, para que, con la partera, asistieran con luz al acto, con objeto de que diesen cuenta del alumbramiento ó de lo que sucediese.

Aunque muchas de las disposiciones de las leyes citadas habían caído en desuso por efecto de las distintas costumbres de la época, el espíritu de las mismas subsistía y en vigor se hallaban los principios á que obedecían, como el aviso á los interesados, el reconocimiento pericial, el depósito y custodia, la intervención, en el parto, de personas peritas por parte de los interesados, etc., etc., pasando de nuestro antiguo derecho al vigente Código, si bien mejoradas y ampliadas en los términos que expondremos al comentar los artículos 959 al 967, ambos inclusive.

La extensión alcanzada por la reseña histórica que venimos haciendo de la legislación vigente en materia de sucesiones á la publicación del Código, nos impide ser más extensos por ahora; pero antes de terminar la exposición de este particular interesa hacer presente que, si bien la ley 17, tít. 6.º de la Partida 6.ª, al prevenir que se diese el aviso á los parientes más próximos del marido, se refería ó parecía referirse, tan sólo á las sucesiones intestadas, eran extensivos sus preceptos á la testamentaria, por concurrir respecto de ésta la misma razón de derecho

que en aquéllas, si bien en este caso á quien debía darse conocimiento del estado de embarazo de la viuda era á los herederos instituídos, como interesados en la subsistencia de la institución hecha, toda vez que el nacimiento de un póstumo rompía el testamento.

PARTE SEGUNDA

BREVE EXPOSICIÓN DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SUCESIONES

Después de la reseña hecha de nuestra legislación vigente en la materia de sucesiones á la publicación del Código civil, debemos exponer sucintamente las principales reformas introducidas por dicho Código, para luego proceder con la misma brevedad á su crítica, como la preparación más adecuada para la recta inteligencia de las prescripciones contenidas en él.

Los autores de dicho Código recibieron con la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, la norma á que habían de ajustarse en la resolución de los problemas jurídicos que necesariamente se debían suscitar con motivo de la codificación.

No tuvieron la misión de hacer una legislación nueva, sino que la esfera de sus atribuciones, y por lo tanto de sus trabajos, estaba reducida á más estrechos límites; á reproducir el derecho histórico, regularizando, aclarando y armonizando los preceptos de las leyes á la sazón vigentes; á recoger las enseñanzas de la jurisprudencia en las dudas suscitadas en la práctica constante de los tribunales, y á atender á las necesidades nuevas con soluciones que tuvieran fundamento científico ó precedente autorizado en las legislaciones propias ó extrañas.

Donde más se fijó este criterio y se estableció como precisa la limitación indicada, fué en la materia de sucesiones, previniéndose en la Base 15 de dicha ley, que se mantendría en su esencia la legislación vigente, tanto sobre los testamentos en general, su forma, solemnidades y clases, si bien añadiendo el ológrafo, como en lo relativo á la capacidad para disponer y ad·

quirir por testamento, institución de herederos, desheredación, mandas, legados, institución condicional ó á término, albaceazgo y revocación é ineficacia de las disposiciones testamentarias, ordenando y metodizando lo existente y completándolo con cuanto tendiera á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades. Y en cuanto á la sucesión intestada, se respetaron asimismo las bases fundamentales de ella en la 18 de dicha ley, en la que también se mantuvo lo relativo á las disposiciones comunes á ambas sucesiones, mandando que se desenvolvieran con la mayor precisión posible las doctrinas entonces vigentes, explicadas y completadas por la jurisprudencia.

Varios son los escritores que han censurado este sistema, y no pocos los cargos hechos al Código y á la Comisión redactora del mismo por haber dejado de aprovechar la oportunidad que ofrecía la codificación de nuestro derecho civil para adoptar en este punto los principios mantenidos por las escuelas radicales y reformadoras, y seguir las tendencias en que se han inspirado algunas modernas legislaciones.

Con tal motivo se ha reproducido la discusión constante entre los partidarios de la libertad de testar y los de la sucesión legítima, al hacer la crítica del sistema seguido por el Código y de las bases que trazaron el camino que había de seguir la nueva legislación en la materia.

Sin entrar en investigaciones, que han de tener lugar más apropiado en ulteriores páginas de este libro, debemos, sin embargo, consignar, que la ocasión en que se legislaba acerca de los términos en que había de llevarse á cabo dicha codificación, no era la más oportuna para llegar hasta la libertad de testar, más ó menos ampliamente mantenida por algunas legislaciones forales, frente al principio romano que por espacio de tantos siglos había constituído la savia de nuestra legislación en materia de sucesiones: libertad que, si bien tiene algunas ventajas que la abonen, abunda también en graves inconvenientes que hacen peligrosa su adopción como criterio único y absoluto.

Por eso, en contemplación á dichos inconvenientes, los auto-

res de la ley de Bases, y con ellos los redactores del Código, adoptaron un término medio que, ampliando bastante las facultades del testador, impidieran á la vez que quedara abandonada á su capricho la suerte futura de sus hijos ó de las personas ligadas al mismo por los vínculos más poderosos de la sangre. Y dentro aún de ese criterio se han adoptado una porción de reformas, como más adelante veremos, para facilitar la ordenación de las últimas voluntades y para asegurar á la vez la libertad y autenticidad de tales actos.

Conforme con las bases indicadas, el precepto que ha prevalecido es el elemento histórico, no introduciéndose más innovaciones que las exigidas por las nuevas necesidades.

Si se ha procedido ó no con acierto al seguir este sistema, nos parece fuera de duda por la razón antes expuesta. Pero, además, como ha dicho Blunschli, *el derecho civil de todo pueblo carece de autoridad moral cuando no tiene su raíz en lo pasado*, y mucho más se impone esta consideración por su propia y peculiar naturaleza en el derecho de familia, ó sea en las relaciones jurídicas nacidas de ella.

Aun partiendo la nueva legislación del estado de derecho vigente á la publicación del Código, se han modificado los preceptos de éste para armonizarle con las exigencias de la justicia y con las modernas tendencias de la ciencia jurídica. Así se ve que, continuando las legítimas, han sido reducidas éstas considerablemente para dar mayor libertad al testador aumentando la parte de que libremente podía disponer; se han ampliado con el mismo objeto las mejoras, puesto que hoy puede destinarse á este fin la mitad del caudal de legítimas; se han atendido con gran consideración los derechos del cónyuge viudo, concediéndole una participación usufructuaria en la herencia y estableciendo en su favor determinadas prelaciones en la sucesión intestada; se ha amparado con mayor solicitud á la familia ilegítima, y se ha extendido tanto la testamentifacción activa como la pasiva, desechando incapacidades que, como las de los religiosos profesos, constituían verdaderos anacronismos y resultaban en

contradicción con los preceptos constitucionales por los que se rige el país.

Las modificaciones introducidas y las innovaciones aceptadas se refieren: unas á la sucesión testamentaria, otras á la intestada, y algunas son comunes á ambas sucesiones.

Al primer grupo corresponden:

1.º El testamento ológrafo, que citamos en primer lugar, porque ha sido una de las reformas más discutidas é impugnadas.

2.º La prohibición de los testamentos mancomunados ó de hermandad.

3.º Idem de los hechos por comisario.

4.º Idem de los otorgados con cláusula derogatoria ó *ad cautelam.*

5.º La supresión de los codicilos y memorias testamentarias.

6.º Los requisitos exigidos para la ordenación de las últimas voluntades y responsabilidades impuestas á los notarios autorizantes.

7.º La limitación de los casos en que podrá hacerse testamento ante testigos sin notario, y del término para elevarlo á escritura pública.

8.º La amplitud de facultades y la mayor facilidad concedidas á los albaceas en el desempeño de su cargo.

9.º La capacidad para testar concedida á los religiosos profesos.

10. El alzamiento de las prohibiciones impuestas á los pródigos y sordomudos.

11. La supresión de la diferencia establecida en el antiguo derecho entre los varones y las hembras, respecto á la edad determinante de la capacidad para testar.

12. La reducción de las legítimas y ampliación de las mejoras.

13. La reforma introducida en la materia relativa á las condiciones que pueden imponerse á los herederos y legatarios.

14. Las modificaciones establecidas en cuanto á las sus-

tituciones fideicomisarias, y supresión de la cuarta trebeliánica.

15. La facultad concedida para sustituir la legítima de los ascendientes por alimentos y algunas otras.

De las citadas, las ocho primeras se refieren á la ordenación y ejecución de las últimas voluntades, su forma, requisitos y solemnidades; las tres siguientes á la testamentifacción activa, y las cuatro últimas á la pasiva.

Corresponden al segundo grupo, ó se relacionan con la sucesión intestada:

1.º La prelación de los hijos naturales respecto de los parientes colaterales.

2.º La supresión de la diferencia que existía en cuanto á dichos hijos entre la sucesión del padre y de la madre y la coparticipación concedida á los mismos en la herencia del primero, en concurrencia con los hijos y descendientes legítimos.

3.º La reducción de la línea colateral hasta el sexto grado.

4.º La preferencia del cónyuge viudo sobre los colaterales de cuarto grado.

5.º El llamamiento á los establecimientos de beneficencia ó instrucción gratuita, en lugar del Estado, en la sucesión de los bienes mostrencos; y

6.º La supresión del derecho que tenían los hijos adoptivos para heredar fuera de testamento al adoptante.

Todas estas modificaciones, como desde luego se comprende, se refieren á la testamentifacción pasiva, materia única y exclusiva en la sucesión intestada.

Finalmente, forman el tercer grupo:

1.º La legítima usufructuaria del cónyuge sobreviviente.

2.º Las modificaciones introducidas en cuanto al derecho de acrecer.

3.º El requerimiento autorizado por el art. 1005 para la aceptación ó repudiación de la herencia.

4.º La reforma adoptada en lo relativo á la colación y partición, así como en lo referente al pago de las deudas hereditarias.

5.° La facultad otorgada á los acreedores para aceptar por sí la herencia renunciada por su deudor; y

6.° Las modificaciones introducidas respecto de las precauciones que deben adoptarse en el caso de quedar encinta la viuda del causante.

Otras varias modificaciones podríamos citar, relacionadas con cada uno de los grupos indicados; pero las expuestas son, entre todas, las más importantes.

PARTE TERCERA

JUICIO CRÍTICO DE LAS REFORMAS HECHAS POR EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SUCESIONES

Siguiendo el plan al principio trazado, debiéramos en este lugar hacer la crítica de las modificaciones introducidas por el Código en nuestro antiguo derecho; pero la materia es tan vasta y compleja, que exigiría una extensión impropia de los términos que deben limitar esta introducción.

A nuestro objeto, y para formar juicio del sentido general de la reforma, basta examinar, con brevedad suma, las bases esenciales de la misma, tanto en las sucesiones testada é intestada, como en las disposiciones comunes á ambas.

En la primera de dichas sucesiones, los autores del Código propusiéronse dos fines distintos, igualmente demandados por la ciencia y por la práctica, sin dejar de respetar por ello el derecho histórico-patrio, mandado guardar como fuente primordial del nuevo cuerpo legal, por la base 1.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888.

Esos fines perseguidos por el Código, que determinaron también los acuerdos adoptados en Noviembre de 1882 por la Comisión general de Códigos, en unión de los Vocales correspondientes y de los Diputados y Senadores concurrentes á sus reuniones, son: 1.°, facilitar el otorgamiento de las últimas voluntades, suprimiendo los motivos que dificultaban la testamentifacción activa, asegurando á la vez el cumplimiento de sus disposi-

ciones y la autenticidad de dichos actos, y 2.º, ampliar la facultad del testador para la disposición de sus bienes, mediante la reducción de las legítimas, como medio de llegar con el tiempo á la ansiada unidad de nuestra legislación.

En la sucesión intestada, dos fueron también los objetos de la reforma: 1.º, reparar las injusticias y agravios de nuestras antiguas leyes, trayendo al nuevo derecho los principios de justicia que informaban los fueros especiales, en cuanto tendían á mejorar la condición del cónyuge supérstite y la familia natural; y 2.º, hacer á la herencia más provechosa, más útil y más conforme con los deseos presumibles del causante, restringiéndose, de acuerdo con las opiniones de los tratadistas y los preceptos de varios Códigos, la extensión de los llamamientos y destinando á fines de beneficencia é instrucción gratuita los bienes relictos en que deba suceder el Estado.

Finalmente, en cuanto á las disposiciones comunes á la herencia testada é intestada, se trató asimismo de suplir, conforme á la base cardinal de la reforma, las deficiencias de la legislación anterior, y de desenvolver con la mayor precisión posible las doctrinas á la sazón vigentes, armonizando los preceptos de las leyes con las declaraciones de la jurisprudencia y con las soluciones adoptadas en su defecto por la práctica.

No todas las reformas introducidas con dichos fines han merecido la aprobación de la crítica. Por el contrario, muchas de ellas han sido objeto de seria y sostenida impugnación; y para evitar confusiones hemos de examinarlas con separación.

§ 1.º

Sucesión testada.

De las relativas á la sucesión testada, la reforma más discutida ha sido la que se refiere á las legítimas; pero las censuras hechas se contraen más al principio que á la forma en que ha sido desarrollado, reconociendo por causa, casi todas ellas, el haber conservado el Código dicha institución, en vez de aprove-

char la obra codificadora de nuestro derecho para implantar en él la libertad de testar.

Problema antiguo en las ciencias jurídicas es éste, y constituye una de las cuestiones más importantes y debatidas en materia de sucesiones.

En apoyo de su tesis, los impugnadores de la legítima alegan que es desconfiar de los padres, el autorizar su establecimiento; que, además, resulta ineficaz, por la posibilidad que tendría el padre derrochador para burlar en vida la prohibición de la ley; que los hijos habrían de encontrar en el amor de los padres mayores garantías que las establecidas por la ley; que la libre y absoluta disposición de los bienes aumenta ó consolida mejor la autoridad del padre y la sumisión de los hijos, así como el buen orden de la familia; y otras varias razones cuya exposión sería demasiado extensa. Pero del examen atento de dicha institución claramente se deduce que la legítima, lo mismo que la sucesión intestada, responden á una necesidad y á un deber de derecho natural.

Cuando el padre de familia deja ascendientes y descendientes—ha dicho Troplong (1)—, hay una ley natural que no le permite invertir en liberalidades arbitrarias la totalidad de su patrimonio. La razón, el cariño, el interés de familia, levantan la voz para que aquél asegure á sus progenitores y á sus hijos una parte razonable de sus bienes. Dueño de disponer de toda su fortuna cuando no tiene padres ni hijos, no es tan libre cuando deja quien le sobreviva. La soberanía del propietario en este caso está limitada por su deuda con los hijos y con los autores de sus días.

En parecidos términos se expresan también otra porción de autores no menos autorizados, entre los que debemos citar á Laurent, Losana y Chironi.

Del estado de familia surge el deber de la mutua asistencia, deber que no puede ser cumplido sino dentro del sistema de la

---

(1) *Des Donations entre vifs et des testaments*, tomo 2.°, pág. 126.

propiedad perpetua, hereditaria y transmisible de padres á hijos, y recíprocamente. Es, pues, de derecho natural como la misma asistencia mutua, pues la razón jurídica en ambas es idéntica. Así es que no hay legislación en que no se encuentre vestigios de ella, incluso en las forales, que suelen ser citadas como mantenedoras en nuestra patria de la libertad de testar.

En efecto; según dice el Sr. Alonso Martínez (1), la legislación navarra no concedió la libre testamentifacción á los labradores, sino á los infanzones, con el fin puramente político de que no se extinguiesen las casas nobles. Por el contrario, el Fuero reconoce y consagra solemne y expresamente las legítimas de los hijos. Si andando el tiempo desapareció este sistema y quedaron reducidas las legítimas á una simple *mención honorífica* de los hijos no herederos, debióse, no á un interés general, sino de clase, como hemos dicho, transformado al fin en derecho común al desaparecer bajo el imperio de las ideas modernas la diferente condición de los ciudadanos; sólo que en vez de quitar el privilegio á los infanzones, se hizo extensivo á los plebeyos. Pero dicha legislación rinde pleito homenaje á la familia, estableciendo una legítima nominal (consistente en cinco sueldos, febles ó carlines, y en una robada de tierra en los montes comunes), y aun en ella se conoce la acción para pedir suplemento de legítima.

Lo mismo podemos decir del derecho aragonés, en el que, en realidad, no hay libertad de testar, sino el derecho de elegir entre los hijos aquel que ha de ser el continuador de la personalidad del padre. El heredero elegido rige la familia, y á él quedan subordinados los demás hermanos, soporta todas las cargas inherentes á ella, y disfruta de todos los bienes, si bien con la limitación del usufructo foral, y, como en la anterior, se da en ella también la acción *ad suplementum*, y á la legítima navarra sustituye la no menos nominal é ilusoria de los diez sueldos jaqueses.

---

(1) *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, tomo 1.º, páginas 106 y 107.

En cuanto á Cataluña, conocidos son los derechos legitimarios del primogénito (*hereu* ó *pubilla*) y los que vienen á constituir lo que podemos llamar la legítima de los demás hermanos.

Esto no obstante, á pesar de reconocerse en principio en dichas legislaciones la necesidad de la legítima, las diferencias esenciales existentes entre la legislación general del Reino y las especiales de Navarra, Aragón, Mallorca y Cataluña, dificultaron y retrasaron considerablemente la unificación legislativa de la materia. Discutióse largamente sobre la posibilidad de encontrar una solución intermedia que conciliase tan distintos sistemas, y con dicho objeto el proyecto de Código de 1851, en su artículo 642, pretendió romper la unidad de la legítima y acercarse á la libertad foral, estableciendo un procedimiento que permitía á los padres ó descendientes aumentarla ó disminuirla en proporción al número de herederos forzosos. Pero ese sistema no podía satisfacer á las tendencias modernas, pues éstas aspiran á la mayor libertad de testar posible, y distaba mucho de dicha aspiración.

Convocados en la sucesiva labor codificadora los jurisconsultos representantes de dichas legislaciones para discutir fórmulas de concordia y precisar las instituciones forales que con ventaja común debieran constituir el derecho general, ó que pudiera admitirse como excepción de la misma, formularon como punto esencial de su cuestionario la libertad de testar ó la cuota de la legítima en el caso de que debiera subsistir; y en la imposibilidad de llegar á un acuerdo en éste y en otros varios puntos, el legislador optó por mantener la divergencia á la sazón existente, disponiendo en los arts. 5.° y 6.° de la ley de 11 de Mayo de 1888, que las provincias y territorios en que subsistiera derecho foral lo conservarían en su integridad, sin que sufriera alteración su régimen jurídico por la publicación del Código, y que el Gobierno, oyendo á la Comisión de Códigos, presentaría á las Cortes, en uno ó varios proyectos de ley, los apéndices al Código civil que contuvieren las instituciones forales que convenía conservar en cada una de las provincias ó territorios respecti-

vos. Y á la vez en la base 16 fijó los términos de la legítima, que había de ser mantenida en el derecho común.

En conformidad con ese precepto, se ha respetado la cuota fija, concediéndose al testador más amplias facultades mediante la reducción de la legítima.

No tenemos que insistir en sus fundamentos, pues esto tendrá su lugar adecuado al comentar las disposiciones de la sección 5.ª del cap. 2.º de este título. Pero ya se funde en el condominio de los descendientes en los bienes de los ascendientes, y de éstos en los de aquéllos, como algunos suponen, ó en el principio de familia, como otros sostienen, es lo cierto que no puede desconocerse la conveniencia de que el legislador haya establecido las garantías necesarias para que no queden en desamparo los derechos de las personas llamadas al goce de la legítima.

A armonizar esos dos intereses, el del testador y el de los herederos forzosos, ha venido el Código, estableciendo, en cuanto á la disposición de sus bienes, á favor de los primeros la mayor libertad posible, compatible con los derechos de éstos, mereciendo elogios, por lo tanto, la reforma en este punto, por el acierto con que ha sido planteada por sus autores.

Otra de las novedades más controvertidas por la crítica, ha sido la adopción del testamento ológrafo, admitido hoy por casi todas las legislaciones, y que ha sido principalmente combatido por la posibilidad, recientemente confirmada por los hechos, de fáciles falsificaciones ó de injustas é interesadas impugnaciones.

A más de este inconveniente se han señalado otros varios, y entre ellos, la falta de garantía de su autenticidad, lo efímero de la prueba de la misma, la facilidad de su desaparición si dejar rastro alguno tras de sí, la dificultad de justificar la capacidad del otorgante al tiempo de otorgarlo, las cuestiones á que puede dar lugar la interpretación de los mismos por la falta de los conocimientos jurídicos necesarios por parte del testador, y otros no menos importantes, llegando algunos impugnadores hasta considerarle como una institucion exótica, expuesta á grandes peligros, que ninguna necesidad sentida venía á satisfacer.

Pero, desapasionadamente examinada esta materia, desde luego se apercibe el error y la exageración con que proceden los que combaten el testamento ológrafo. Si tan inútil y perjudicial fuera, hubiéranle desechado los Códigos que le admiten, y cuando en ellos se halla generalmente aceptado, prueba segura es de que hay una razón jurídica que abone su adopción.

Y en efecto, en nuestro derecho, contra lo que sostienen algunos de sus impugnadores, el testamento ológrafo vino á satisfacer una necesidad indiscutible.

Por su forma, por las solemnidades de su otorgamiento, venía á facilitar considerablemente la ordenación de las últimas voluntades, salvando las dificultades que en la legislación anterior originaban, aun después de la ley del Ordenamiento de Alcalá, las dos formas oral y escrita del testamento nuncupativo: y consecuente con el propósito de simplificar la testamentifacción, que, según hemos dicho, fué una de las bases de la reforma, la Comisión de Códigos, aun antes de la ley de 11 de Mayo de 1888, aceptó como una de las modificaciones necesarias el planteamiento del testamento ológrafo.

Por este medio propúsose el Código establecer una forma de testar tan secreta, que nadie llegase á saber durante la vida del testador, no ya su última voluntad, sino hasta la existencia del documento en que ésta se hubiere consignado.

La experiencia justifica en ocasiones la necesidad de esa reserva, sin la cual pudiera el testador en determinadas circunstancias carecer de la necesaria libertad para testar, y si bien en el antiguo derecho estaba establecido con ese objeto el testamento cerrado, éste aun no bastaba á proporcionar el deseado secreto en cuanto al acto, como ha supuesto un comentarista, toda vez que exigía el concurso de determinadas personas para su otorgamiento; ni podían tampoco servir para dicho fin las memorias testamentarias, reconocidas antes de la publicación del Código, pues sabido es que en éstas no podía hacerse la institución de herederos.

A otro objeto tiende también el testamento ológrafo, y es, á

que los muchos extranjeros que residen en nuestro país, ó le frecuentan, encuentren todas las facilidades necesarias para dejar consignada su última voluntad.

Entendemos, pues, que la reforma en este punto era necesaria, y como conveniente debe ser considerada.

Cierto es que con ella puede darse lugar á falsificaciones; pero lo mismo sucede con el testamento abierto. Registrando las crónicas de los tribunales encuéntranse repetidos ejemplos de ello, y no por eso se ha pretendido suprimirlo. Ni podía rodearse al testamento ológrafo de tales formalidades y requisitos que frustraran el objeto de su institución.

Las disposiciones relativas á la capacidad para testar y para suceder por testamento, han sufrido no pequeñas modificaciones, especialmente después de la revisión hecha por virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, á consecuencia de la que desapareció la incapacidad establecida en la primera edición del Código, tanto para la testamentifacción activa como para la pasiva, respecto de los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las órdenes monásticas.

El primitivo texto aceptó dicha incapacidad por no apartarse de nuestro antiguo derecho; pero en vista de las reclamaciones formuladas por los representantes de la Iglesia y por otras muchas personas, la Sección de lo civil de la Comisión general de Codificación, encargada de revisar el nuevo cuerpo legal, la suprimió desde luego, prestando la atención debida á las razones alegadas y procediendo en armonía con las nuevas relaciones del Estado y la Iglesia, después de reconocer á los monasterios el derecho de adquirir.

Caídos en desuso algunos otros motivos de incapacidad establecidos por las antiguas leyes, era opinión unánime que éstas habían quedado sin aplicación alguna en la práctica; pero no habiendo sido expresamente derogadas, daban lugar á dificultades y dudas que el Código ha venido á hacer imposibles, limitando las causas de incapacidad á los casos puramente precisos, y procediendo con un criterio amplio, justo y equitativo, y con una

claridad que aventaja á muchos Códigos extranjeros, cuya oscuridad es causa de frecuentes cuestiones y contiendas ante los tribunales, por lo que resulta digna también de elogio la reforma en este punto.

Otro tanto debemos decir de las prescripciones que regulan la institución de heredero, las cuales están inspiradas en un profundo respeto á la voluntad del testador, y si bien se ha procurado con especial interés que haya siempre una determinación clara y patente de la persona favorecida, no se halla sujeta á fórmulas y trabas, innecesarias ya desde que la institución no es precisa para la validez del testamento, pudiendo el testador usar de toda libertad respecto á la forma y á los términos de la misma, sin otras limitaciones que las impuestas por los principios de la moral, por el respeto á los derechos legitimarios ó por la incapacidad de las personas llamadas á la sucesión.

En cuanto á los efectos del error en el nombre del instituído, el proyecto de 1851, para resolver las dudas suscitadas por la contradicción de nuestras antiguas leyes, estableció el principio de que no tuviera efecto la disposición fundada en una causa falsa; pero el Código, teniendo por no escrita dicha causa y permitiendo la subsistencia de la institución, á no ser en el caso de excepción que establece, procede, á nuestro juicio, con un sentido más racional y equitativo y más conforme con el sistema adoptado.

Las demás disposiciones que á esta materia se refieren nos parecen también merecedoras de aplauso, en cuanto tienden á cerrar la puerta á la mala fe; y resultan muy completas y conformes con las tendencias á que ha obedecido la reforma, las relativas á la distribución de la herencia cuando el testador instituye por heredera á su alma, sin establecer la aplicación que deba darse á sus bienes, ó á los pobres en general, ó á varias personas sin determinar la forma en que haya de hacerse el reparto, así como las que se refieren á la identificación del heredero cuando no se le designe por su nombre.

En cuanto á las reglas por que se rige la materia referente á

las condiciones que pueden imponerse á los herederos y legatarios, se ha inspirado el Código en algunos puntos en principios distintos de los que informaban nuestras antiguas leyes, para acomodarse mejor á las necesidades de la época, siendo sus preceptos claros y justificados. Se han suplido en general las deficiencias de la legislación anterior, teniendo en cuenta las declaraciones de los tribunales y las enseñanzas de la práctica, y especialmente en las condiciones suspensivas se han regulado minuciosa y prudentemente sus efectos, mediante el establecimiento de la administración, de que se ocupan los artículos 801 al 804.

Permitida la compatibilidad de las sucesiones testada é intestada desde la ley del Ordenamiento de Alcalá, las sustituciones habían dejado de tener su primitivo carácter y el fin principal de su establecimiento; pero á pesar de que ciertos tratadistas, y algunas legislaciones con ellos, han rechazado dicha institución, en la ley de Bases y en el Código se ha mantenido su establecimiento como medio concedido al testador para cumplir determinados fines ó satisfacer atendibles necesidades, que de otro modo no hubieran podido ser satisfechas, si bien limitando sus efectos, para evitar los graves inconvenientes á que pueden dar lugar; habiéndose adoptado además las disposiciones oportunas para impedir que indirectamente se eludan dichas limitaciones ó se repitan los abusos que en lo antiguo llegaron á cometerse, especialmente en la institución fideicomisaria.

En efecto; la designación de los herederos fideicomisarios en documentos privados y secretos, permitida por nuestra antigua legislación, tenía, como ha dicho un autor, un doble inconveniente: ó bien se utilizaba el medio para hacer llegar la herencia á manos de personas legalmente incapacitadas, ó bien quedaban los intereses de los fideicomisarios á merced de la buena ó mala fe del fiduciario; y para impedir que así sucediera en adelante, se exige en el Código que los llamamientos sean expresos. Además, al prescribir el art. 783 que el fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario, sin deducir de ella más

que los gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo disposición en contrario, ha venido á hacer cesar la cuarta trebeliánica, que es otra de las reformas plausibles en este punto.

No menos importantes son las modificaciones introducidas sobre mejoras. Por virtud de las disposiciones respectivas del Código, han desaparecido las dudas suscitadas por los intérpretes acerca de esta materia, y ha quedado esclarecida la doctrina y expresamente resuelta la cuestión motivada por la contradicción existente entre las leyes de Partida y de Toro, acerca de si podía ó no imponerse condición sobre la mejora, pues según el precepto terminante del art. 824, no cabe ya discusión sobre este punto, no pudiendo establecerse otros gravámenes que los establecidos en favor de los legitimarios ó sus descendientes, en lo cual se ha separado el Código del proyecto de 1851, que propuso en absoluto no se admitiese la imposición de ningún género de condiciones.

Conforme á los acuerdos de la Comisión general de Códigos, mantenidos en la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, se ha conservado en el Código la doctrina vigente sobre desheredación; pero concedida en él cierta especie de legítima á los cónyuges, hubo necesidad de ampliar á éstos las causas de la misma, y además se ha resuelto, conforme á principios de indiscutible justicia, la cuestión suscitada en el antiguo derecho, sobre si los efectos de la desheredación trascendían ó no á los descendientes del desheredado.

Finalmente, en cuanto á las formas y solemnidades de las disposiciones testamentarias, aparte de lo que ya queda dicho respecto del testamento ológrafo, se ha reducido á términos más adecuados el acto del otorgamiento en el abierto, garantizando con nuevos requisitos el de las personas desconocidas y fijando á la vez los justos límites de la responsabilidad de los notarios autorizantes; se han estrechado algún tanto, para asegurar mejor el cumplimiento de la voluntad de los testadores, las condiciones necesarias determinantes de la validez y nulidad de los cerrados, y con iguales objetos se han corregido los defectos y

deficiencias de que adolecían nuestras antiguas leyes en materia de testamentos privilegiados.

También han sido objeto de importantes y plausibles modificaciones los preceptos de nuestro antiguo derecho relativos á las facultades del albaceazgo, inspirándose la reforma en el propósito de hacer más eficaz la misión de los albaceas, ampliando la potestad ó intervención de los mismos como medio de conseguir la mejor ejecución y como garantía de que no deje de ser cumplida la voluntad del testador.

Las deficiencias de que adolecía la anterior legislación daban lugar á cuestiones y controversias, que ha procurado evitar el Código en sus acertadas disposiciones; pero donde más se observa la diferencia y la amplitud indicada es en lo relativo á la facultad de los albaceas para vender bienes inmuebles, pues antes no podían enajenarlos sino cuando estuvieren autorizados para ello expresamente, y debía llevarse á efecto en pública subasta, conforme á la ley 62, tít. 18 de la Partida 3.ª, á no ser que el testador les hubiere facultado para prescindir de dicho requisito ó hubiese establecido la forma en que debieran enajenarse, según tenía declarado la jurisprudencia en sentencias de 17 de Enero de 1866, 28 de Junio de 1882, y otras varias; y ahora en todo caso podrán realizar la venta por precepto preciso de la ley, y, por lo tanto, sin necesidad de previa autorización del causante, siempre que no hubiere en la herencia dinero suficiente para el pago de los funerales y legados, y los herederos no lo aportasen ó no bastase para ello el importe de los bienes muebles, si bien se ha compensado en lo posible esa libertad con la intervención dada en la venta á los herederos.

Uno de los puntos discutidos en la materia era si el albaceazgo, una vez aceptado, era ó no obligatorio, predominando la opinión contraria á la renuncia. El Código resuelve dicha cuestión permitiendo que se renuncie el cargo ante la autoridad judicial, siempre que hubiere justa causa, la cual será apreciada según el prudente arbitrio del juez que hubiere de conocer de ella.

Inspirándose el Código en el propósito de hacer eficaz el alba-

ceazgo, ha resuelto la cuestión relativa á la caducidad del plazo establecido para su desempeño en sentido amplio, prescindiendo de los rigorismos de nuestras antiguas leyes, y autorizando, no sólo la prórroga del testador, que deberá entenderse por un año si no se fijare el término de ella, sino también la concesión de otra por el juez por todo el tiempo que fuere necesario; y por si esto no fuere suficiente, faculta además á los herederos y legatarios para prorrogar también el plazo referido.

En la reseña histórica precedente á los arts. 216 y 217, expusimos las diferencias establecidas por la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros civil y de la propiedad y por los tratadistas entre albaceas universales y particulares. El Código acepta también esa doctrina poniendo término á las cuestiones que se suscitaban acerca de la extensión de sus facultades, según los términos en que hubiere sido hecho el nombramiento.

Otra de las divergencias observadas en la práctica se relacionaba con la remuneración del servicio prestado por los albaceas. Este cargo siempre se consideró gratuíto, como recomendación de pura confianza que es, y fundados en esto, suponían algunos que si el albacea, á más de cumplir la voluntad del testador, practicaba las operaciones de cuenta y partición de la herencia, no tenía derecho á percibir honorarios en remuneración de este trabajo. Aunque en un principio era corriente esta opinión, más tarde se fué acentuando la contraria, distinguiéndose las funciones propias del albaceazgo de la de los contadores partidores; y el Código se ha inclinado á esta solución en su artículo 908, declarando expresamente el derecho al cobro de los trabajos indicados ú otros facultativos, y á la vez permite al testador señalar á los albaceas la remuneración que tenga por conveniente, estableciendo respecto de ella el derecho de acrecer á favor de los que desempeñen el cargo, si alguno ó algunos no lo aceptaren, haciendo así imposible toda cuestión sobre ello.

Del rápido análisis hecho de las reformas introducidas por el Código en la sucesión testada, resulta evidenciado que si bien

la obra llevada á cabo en este punto por la Comisión redactora del mismo no se halla exenta de defectos, como toda obra humana, ha de ser considerada como un adelanto en nuestra legislación, perfectible con el tiempo, en vista de los consejos de la experiencia, y que en su mayor parte carecen de fundamento serio y científico las impugnaciones hechas á sus preceptos por algunos comentaristas.

§ 2.º

Sucesión intestada.

Una de las reformas más discutidas en la sucesión intestada, es la referente á los beneficios concedidos á los hijos naturales legalmente reconocidos. Por virtud de ella, se ha borrado la diferencia entre la sucesión del padre y de la madre, mantenida por todas nuestras anteriores leyes, inclusa la de 16 de Mayo de 1835, concediéndoles iguales derechos en ambas; se ha anticipado además el llamamiento de dichos hijos, pues si bien en la sucesión de la madre tenían preferencia á los ascendientes, en la del padre no entraban hasta después de los colaterales del cuarto grado, según tenemos ya dicho, y ahora son llamados, en todo caso, después de los ascedientes legítimos y antes de los colaterales; y por último, se les ha equiparado á los legitimados por concesión Real, los cuales entraban á suceder, en su caso, después de los legítimos y de los legitimados por subsiguiente matrimonio, y antes, por lo tanto, que ellos.

Mucho se han discutido estas modificaciones, siendo objeto de encontrados pareceres: se ha censurado por algunos la prelación otorgada á la familia natural, llegando hasta sostenerse *que se ha pretendido borrar toda diferencia entre la mujer honrada y la concubina*, con perjuicio, no sólo de los principios de estricta moral, que deben ser la base de toda sociedad, sino también de los derechos de parientes unidos al causante con vínculo estrecho en la familia cristiana y legítima. Pero frente á los que sostienen esta opinión, que son los menos en número, se ha opuesto con firmeza

la consideración contraria, estimándose altamente plausible y lógico el espíritu de la reforma, como el más conforme con las exigencias de la justicia y los consejos de la humanidad, toda vez que, reconociendo el imperio y la supremacía de la legitimidad como tributo rendido á la ley moral, repara á la vez agravios é injusticias de nuestras antiguas leyes respecto de aquellos desgraciados que, sin culpa por su parte y sin causa que hubiera podido impedir su legitimación, habían nacido fuera del matrimonio, sin incurrir por ello en una igualdad con los legítimos, ofensiva para la moral. Y este criterio, seguido por el Código, se halla conforme con las tendencias que inspiran casi todas las modernas legislaciones.

Para reparar también injustas pretericiones, favoreciendo la condición del cónyuge supérstite, se ha introducido otra innovación no menos importante, que ha sido acogida generalmente sin contradicción.

Nuestras antiguas leyes sólo se habían preocupado, por una consideración de equidad y hasta de orden moral, de la viuda pobre, concediéndole, más por vía de alimentos que por título de herencia, la cuarta marital, para evitar las consecuencias, que en otro caso pudieran darse, de ver reducida á la miseria, por la muerte del esposo, á la que hasta entonces hubiera merecido toda consideración social, dando por completo al olvido, en orden á las relaciones sucesorias, á la viuda rica y al marido, aunque fuese pobre; como si por la muerte de uno de los cónyuges pudieran darse por rotos los vínculos de la familia y los deberes de la misma en cuanto á la mutua asistencia que se deben los esposos, no sólo durante la vida en común, sino aun para después de la muerte de cualquiera de ellos.

Para evitar esos inconvenientes y facilitar en el porvenir la unificación de nuestro derecho, trayendo á la legislación común en lo posible las instituciones más simpáticas de las especiales vigentes en algunas provincias, la ley de Bases, en la señalada con el núm. 18, estableció el principio, desarrollado después en el Código, por virtud del que es llamado el cónyuge supervi-

viente al goce de la herencia después de los hermanos é hijos de éstos, y antes de los parientes del quinto grado, elevando así á ley una aspiración generalmente sentida.

La reducción de la línea colateral al sexto grado inclusive es otra de las reformas llevada á cabo, que ha de merecer general aprobación.

En los Códigos modernos no se encuentra un criterio fijo en este punto, pues mientras unos, como el francés, extienden dicha línea hasta el duodécimo grado, y otros al décimo ú octavo, como sucede con los de Italia y Méjico, respectivamente, otros, y entre ellos el de Guatemala, la restringen al cuarto grado, que, según dijimos oportunamente, fué la regla seguida por la instrucción adjunta á la ley 6.ª, tít. 22, libro 10, de la Novísima Recopilación.

Algunos publicistas rechazan la limitación consignada en el Código, por considerarla beneficiosa en demasía para el Estado; pero, por el contrario, nos parece justa dicha reducción, porque, en realidad, puede decirse, como ha dicho un autorizado escritor, que más allá del sexto grado apenas tendría el favorecido vínculo alguno eficaz para ser llamado á la herencia, y hasta puede asegurarse que casi no tendría nada de común con el causante, faltando en dicho caso los motivos en que se funda la ley para establecer el orden de los llamamientos en la sucesión intestada.

La mayor novedad introducida se refiere á la sucesión por el Estado, en la que se ha introducido la novedad importantísima de destinar los bienes de la herencia á los establecimientos de beneficencia é instrucción gratuita. Este precepto, génesis fundamental de toda la teoría de la sucesión del Estado, entraña una cuestión compleja de importancia suma, que puede decirse no es propia exclusivamente del derecho civil privado, puesto que en la sucesión del Estado hay una razón ó una causa que corresponde aun más al orden político-social, que es lo que la determina y caracteriza especialmente. Por eso no puede confundirse el derecho hereditario del Estado con el derecho individual á la sucesión particular.

Esto no obstante, se ha querido por algunos escritores comparar al Estado con la familia, con relación á la sucesión; pero desde luego se comprende que los vínculos jurídicos que unen al pariente heredero abintestato con el causante de la sucesión, y las razones legales que justifican el orden dentro de la familia, no son los mismos que concurren en la sucesión por el Estado, y que sirven de fundamento á ella. Éste, en efecto, no sucede en la herencia por los mismos motivos que los hijos ó los demás parientes, sino por no haber persona con derecho ó con voluntad para suceder, y por una necesidad social, cual es que la herencia no quede yacente, pues en ese caso sería del primer ocupante, como cosa *nullius*, y sobre el desorden que produciría, resultaría antieconómico.

Por eso nuestra legislación siempre ha llamado al Estado á la sucesión en las herencias vacantes y mostrencos; pero el Código, apartándose en esto, con gran acierto, del derecho vigente al tiempo de su publicación, ha establecido una modificación importantísima, dando á dicha sucesión un carácter puramente fideicomisario, toda vez que los bienes adquiridos no pasan á ser aprovechados por el Estado, como propiedad plena del mismo, para las atenciones generales de la nación, sino que tienen que ser destinados única y exclusivamente á los otros fines ya indicados.

La reforma no puede ser más importante y transcendental. Antes, aunque el llamado á la sucesión era el Estado, en su acepción genérica, quien realmente heredaba era el Fisco, puesto que en él entraban los bienes para hacer frente á las atenciones de la Deuda pública. Por el contrario, resulta el sistema del Código más perfecto y lógico, pues á la vez que da al Estado el lugar que le corresponde como heredero presunto, precisa el objeto á que ha de aplicarse, despojando á dicha sucesión del carácter más ó menos odioso que antes revestía, haciendo que vengan á aprovecharse de sus beneficios los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública.

El orden con que son llamados á su disfrute los estableci-

mientos citados, es también el más conforme con la voluntad presunta del causante, pues son éstos más simpáticos á él que el absorbente Fisco. Por eso, investigando la reforma los deseos presumibles de la persona en cuyos bienes se sucede, ha organizado un orden gradual bien conforme con los afectos y las aspiraciones del mismo. Es decir, que ya el Estado no hereda, como antes se creía, en virtud del dominio eminente atribuído al mismo, sino en razón á una necesidad ó conveniencia de orden moral y social, y como entidad á cuya acción fiscalizadora están sujetos los establecimientos, entre los cuales han de ser aplicados los bienes, á fin de que con su intervención protectora pueda cumplirse mejor el fin perseguido por la ley, siendo el Estado tan sólo el ejecutor de la distribución, como dice el señor Cárdenas, en la introducción de la presente obra.

§ 3.º

Disposiciones comunes á las sucesiones testada é intestada.

En este punto, la innovación más importante consiste en la porción hereditaria forzosa, que ha de asignarse en usufructo al cónyuge superviviente, cuya institución colocamos en este lugar, porque lo mismo puede subsistir en la primera que en la segunda de dichas sucesiones, cuando no ha de entrar en ésta á la herencia por propio llamamiento.

Algunas legislaciones forales, con objeto de impedir que la sociedad familiar quedase rota y se disolviera por la muerte de uno de los cónyuges, y para asegurar á la vez la continuación de la familia con todos sus vínculos y sus afectos bajo el señorío y dirección del superviviente, estableció el usufructo del caudal relicto á favor del cónyuge viudo con determinadas cargas y obligaciones.

Esos fines, de alto sentido moral, no podían pasar desapercibidos para los encargados de llevar á cabo la obra codificadora de nuestro derecho, y con el deseo de reparar el abandono en que hasta entonces había tenido la legislación común al cónyuge

supérstite, y de procurar la más pronta unidad legislativa, la ley de Bases dispuso, en la 17 de las mismas, que se trasladara al nuevo cuerpo legal, aunque en términos más reducidos, la institución indicada. De acuerdo con dicha base se ha introducido la cuota vidual ó legítima del cónyuge sobreviviente, de la cual no queda éste privado ni aun en concurrencia con los hijos.

Algunos comentaristas han negado á dicha cuota el carácter de verdadera legítima, por no concurrir en la misma, en algunos de los casos más comunes y frecuentes, las circunstancias propias y características de las legítimas; pero comprendido el cónyuge como heredero forzoso en el núm. 3.º del art. 807 del Código, y trayendo su origen de la ley, la porción de bienes reservada al mismo, técnicamente apreciado el usufructo ó cuota vidual, hay que considerarlo como legítima, dada la definición de ésta, consignada en el Código.

Por algunos se ha estimado que este derecho, si bien produce buenos resultados como lazo de unión que impida la disolución de la familia, puede, sin embargo, ocasionar perjuicios á la propiedad inmueble y ser causa de decadencia de la misma, por el interés presumible en el viudo de sacar el mayor beneficio posible de los bienes, sin consideración al estado en que pudieran quedar. Pero aparte de que esta es una razón común á todo usufructo, hay que tener en cuenta que ese peligro queda oportuna y eficazmente evitado con la facultad concedida á los herederos para liberar la carga, sustituyéndola por alguno de los medios indicados en el art. 838, bien de mutuo acuerdo, bien judicialmente.

Muchas son las cuestiones que se han suscitado acerca de la forma en que ha de determinarse la cuantía de dicha cuota en cada uno de los casos que pueden presentarse en la práctica; pero su examen tendrá lugar oportuno al comentar los artículos correspondientes del Código, limitándonos tan sólo á indicar que las dudas que haya podido motivar, con más ó menos fundamento, la inteligencia de dichos artículos, no puede en lo más mí-

nimo ser causa de impugnación del principio adoptado y de la reforma introducida con los plausibles fines ya expuestos.

En el mismo caso que la cuota ó legítima vidual se encuentran los derechos concedidos á los hijos ilegítimos, aun en concurrencia con la familia legítima: materia que siempre habían mirado con natural prevención nuestras antiguas leyes, por los peligros que puede entrañar para la paz doméstica y para la tranquilidad de las familias.

El Código, sin embargo, ha acometido la reforma y la ha llevado á cabo con seguro éxito, borrando las injusticias y el rigor con que la legislación castellana trataba á esos hijos, sobre los que en definitiva venían á recaer las culpas de sus padres. Los derechos otorgados á los mismos son distintos, según su respectiva condición: á los naturales reconocidos legalmente y á los legitimados por concesión Real se les concede una especie de legítima, que han de gozar, lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, cuando no entren en ella al goce de la totalidad de la herencia en razón á haber parientes legítimos de preferente llamamiento; á las demás clases de hijos ilegítimos se les reconoce un derecho á alimentos mucho más amplio que el que le tenían concedido nuestras leyes, y por el principio de reciprocidad, base cardinal de la sucesión intestada, se han extendido ambas sucesiones á los padres en la herencia de sus hijos ilegítimos.

Finalmente: ese beneficio otorgado, lo ha sido sin perjudicar los derechos legitimarios, pues los bienes necesarios han de sacarse del tercio de libre disposición.

En las disposiciones sobre aceptación de herencia se han precisado y esclarecido sus preceptos; se ha facilitado la adopción del beneficio de inventario, su formación y efectos; se han suplido los inconvenientes del silencio de nuestras leyes respecto al tiempo para la aceptación, autorizando á los que tengan que litigar con los herederos para que se les requiera al efecto de que manifiesten en un breve plazo si aceptan ó repudian la herencia, bajo apercibimiento de tenerla por aceptada en otro caso;

se ha suprimido la condición impuesta en la antigua legislación á la mujer casada, según la que sólo podía aceptar la herencia á beneficio de inventario, por considerarla excesiva é injustificada, pues obligar á la hija á no recibir la herencia de sus padres, ó á la madre la de sus hijos, á no ser con esa protesta, sería lastimar sus sentimientos; habiéndose salvado los inconvenientes que para el marido pudiera producir la supresión de esa garantía, con la declaración contenida en el art. 995, de que, en el caso de que no medie su autorización y sí sólo la del juzgado, no responderán de las deudas hereditarias los bienes existentes ya en la sociedad conyugal. Y por último, se ha introducido la novedad de facultar á los acreedores para aceptar la herencia renunciada por sus deudores, de acuerdo con lo establecido en algunos Códigos extranjeros, á fin de evitar el caso frecuente de que un heredero abrumado de deudas renunciase la herencia, dejando burlados á los que con ella esperaban cobrar sus créditos, supliendo de este modo la falta de medio legal que se observaba en la legislación anterior para evitar dicho fraude.

En cuanto al derecho de acrecer, se ha mantenido igualmente la doctrina antes en vigor, precisando sus preceptos. Y respecto de las reservas se han introducido modificaciones importantes, aconsejadas por la experiencia para su más conveniente desarrollo, trayendo á las disposiciones del Código una especial, sacada de la legislación foral, impuesta á los ascendientes y descendientes por los arts. 811 y 812 con relación á determinados bienes é inspirada en ciertas tendencias favorables al derecho de troncalidad consignado en algunos fueros; y otra general, impuesta al cónyuge viudo que contrajere segundo ó ulterior matrimonio, en favor de los hijos de las anteriores nupcias. Además, se han regulado con acierto los efectos de las enajenaciones de los bienes reservables verificadas antes y después de contraído el nuevo matrimonio, procurando garantir y asegurar los derechos de las personas en cuyo favor están establecidas las reservas.

En la materia de colación y partición se ha suplido la defi-

ciencia de las anteriores leyes y se ha dado solución á las numerosas dudas y cuestiones que por dicha deficiencia era necesario someter con frecuencia á la decisión de los tribunales, elevándose á preceptos legislativos las reglas que constituyen las bases generales de toda partición y que la práctica tenía comunmente aceptadas. Además se han dado notorias seguridades á los acreedores para el cobro de las deudas hereditarias, permitiéndoles, entre otros derechos, oponerse á que se lleve á efecto la partición hasta que se les pague ó afiance el importe de sus créditos.

Y por último, respecto de las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, se han suavizado los rigorismos de la legislación de Partidas, incompatibles con la consideración que en la actualidad merece la mujer, sin desatender por esto las garantías que la prudencia aconseja para evitar ilegítimas suposiciones en perjuicio de los herederos legítimos.

Con estos antecedentes, pasemos ya al examen concreto de las disposiciones que el Código civil establece en el TÍTULO III. DE LAS SUCESIONES.

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 657

Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Aunque inicia este artículo de la importante materia de la sucesión hereditaria, presupone una expresa y previa declaración del Código aceptando esta institución, que fundamentos filosóficos, jurídicos y de orden social han llevado á la legislación civil de todos los pueblos cultos. Y en efecto, esa declaración hállase establecida en el párrafo 2.º del art. 609, en el que se comprende la sucesión testada ó intestada como uno de los modos de adquirir, no sólo la propiedad, sino también los demás derechos sobre los bienes.

Si la sucesión debe ser considerada ó no como un verdadero modo de adquirir, no es cuestión que corresponda ser tratada ahora. Al comentar el artículo siguiente examinaremos esta cuestión, bastándonos al presente consignar que el Código la ha reconocido como tal, y en dicho concepto ha de ser tenida en el estudio del mismo.

Ese carácter, distintivo de la sucesión según indicamos en los conceptos generales expuestos en la introducción de este título, resuelve las dudas y cuestiones que han suscitado diversos comentadores del Código acerca de la inteligencia de este artículo, y explica suficientemente la razón del método seguido en este punto, y el motivo á que obedece la inclusión en este libro de las disposiciones reguladoras de la materia de sucesiones.

Ocúpase el libro 3.° de los modos de adquirir la propiedad, y siendo la sucesión el medio legal por el que los bienes del finado se transmiten ó pasan á la persona que le sucede, lógica y necesariamente había de ser comprendida en dicho concepto la sucesión en el expresado libro, y así lo hicieron los redactores del nuevo cuerpo legal, apartándose en este punto del orden seguido por otros Códigos.

No siempre se ha designado este modo de adquirir con la misma denominación, sino con la de herencia, que es la empleada en nuestros antiguos Códigos. El Fuero Juzgo, en el tít. 2.° del libro 4.°; el Fuero Viejo, en el mismo título del libro 5.°; el Fuero Real, en el tít. 6.° del libro 3.°; el tít. 13 de la Partida 6.ª y el 20 del libro 10 de la Novísima Recopilación, hablan de las herencias en lugar de la sucesiones; y hasta el proyecto de Código de 1851 prefirió dicha denominación, sin duda por considerarla menos vaga ó más precisa, habiendo sido objeto de crítica la alteración hecha en el Código del tecnicismo tradicional en nuestro derecho. Pero desde luego se comprende que tratándose aquí de las sucesiones como modo de adquirir, es más propia y más adecuada la locución que el Código emplea, que la de herencia; pues ésta, en su verdadero significado, se refiere,

como tenemos ya dicho, al conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmitidos por medio de la sucesión. El concepto de ésta es mucho más amplio, y dentro de él tiene cabida el de la herencia; por eso las disposiciones relativas á ésta constituyen uno de los capítulos del título consagrado á la materia de sucesiones.

El artículo que examinamos encierra un principio, que del Derecho romano ha pasado á todas las legislaciones. Según él, los derechos á la sucesión se transmiten desde la muerte de la persona á quien se sucede. Poco importa que desde el fallecimiento del causante, hasta que el heredero ó legatario entre en posesión de los bienes de la herencia ó del legado, transcurra mucho ó poco tiempo, pues la adquisición ha de retrotraerse al momento de la muerte, y así lo ordena el art. 989, que debe considerarse como complemento del presente.

Y no puede menos de ser así, pues los derechos sucesorios, ya tengan su origen en la ley, ya en la voluntad del causante, no tienen eficacia, ó mejor dicho, no tienen efectividad sino mediante el fallecimiento de éste. Hasta entonces puede cambiar la voluntad del testador ó las disposiciones de la ley en cuanto á los llamamientos en los diversos órdenes de suceder, y aun sin alterarse una ú otra de dichas fuentes, pueden cambiar las circunstancias del favorecido, hasta el punto de quedar desprovisto de todo derecho, por haber incurrido en alguna causa de desheredación ó de indignidad.

Por eso, dependiendo la efectividad del derecho sucesorio de la muerte del causante, y siendo ésta el motivo de la sucesión, se ha fijado ese momento para la determinación del principio generador de la transmisión obtenida por este modo de adquirir.

Algunos comentadores del Código, sin razón suficiente para ello, han censurado la redacción de este artículo, tachándola de poco exacta, porque entienden que el derecho ó los derechos á la sucesión no se transmiten por el solo hecho de la muerte, sino que para ello es preciso que esos derechos estén previamente establecidos por la ley ó por la voluntad del causante, siendo

mucho más indispensable ese establecimiento ó institución en la sucesión testada cuando se trata de herederos voluntarios ó extraños, pues en este caso, si no fuera por la institución hecha en el testamento, no tendría derecho alguno á suceder por consecuencia de la muerte del causante el favorecido con la herencia.

Según dichos comentadores, lo que ocurre es que por el hecho del fallecimiento se consolidan, y se hacen bajo cierto aspecto inmutables, derechos que ó no habían nacido ó eran no más que justas expectativas. De aquí que distingan ó reconozcan dos momentos distintos: uno, en que el derecho á la sucesión se origina por el llamamiento del testador ó por el de la ley, es decir, en que tiene origen y raíz la existencia de ese derecho, y otro, en que adquiere efectividad ó puede ser hecho efectivo por hallarse en condiciones para ello, entendiendo que á este segundo momento es al que se refiere el Código en el artículo que comentamos. Y partiendo de este supuesto, estiman que hubiera sido más propio y acertado decir, como dicen el proyecto de 1851 y algunos Códigos extranjeros, entre ellos el de Chile, el de los Estados Unidos de Colombia y otros, que la sucesión de una persona *se abre* al momento de su muerte.

Pero si rectamente se aprecian los términos del artículo en relación con el concepto bajo el que se trata de la sucesión en este título del Código, aparecen desde luego desprovistas de fundamento las censuras indicadas. La cuestión proviene de la confusión producida por las diversas acepciones que en el tecnicismo forense se ha dado á la palabra *sucesión*. Por eso, previniendo esta dificultad y para evitar dudas y equivocadas inteligencias, procuramos con especial cuidado en los conceptos generales de la introducción de este título dejar esclarecido y perfectamente definido, tanto el de la sucesión como el de la herencia, con el que frecuentemente se le confunde.

No debe olvidarse, en efecto, que si nos ocupamos en este lugar de la sucesión, es en cuanto la misma constituye uno de los modos de adquirir, mediante el cual se transfieren al here-

dero los bienes del causante por virtud del fallecimiento de éste. Desde ese momento el difunto deja de poseer, porque los derechos civiles son personalísimos extinguiéndose con la persona sujeto de ellos, y pasan al que ha de sobrevivirle ó sucederle. Hay, por lo tanto, una verdadera transmisión de una persona á otra; y para expresar bien esta idea, el Código dice que los derechos á la sucesión se *transmiten*, en vez de decir que la sucesión se *abre*, cuya locución tiene su sentido bien distinto, puesto que ésta se refiere á los efectos y aquélla á la causa.

No se han limitado á esto las censuras. Algunos han creído que hubiera convenido hacer más explícito el precepto, expresando en él la idea que la muerte *natural* es á la que se refiere al fijar el momento en que se transmiten los derechos á la sucesión. Así se consignó en el art. 550 del proyecto de Código de 1851; pero en el art. 656 del proyecto de 1882 se suprimió con razón ese término, y lo mismo en el Código vigente, de acuerdo con la jurisprudencia, que tenía establecida esta doctrina, entre otras sentencias, en las de 18 de Junio de 1864, 7 de Mayo de 1876, 20 de Noviembre de 1878 y 17 del mismo mes de 1888, y con arreglo á los principios establecidos en el mismo Código respecto á la extinción de la personalidad civil, pues según el art. 32, no hay en la actualidad otra causa de extinción de la misma más que la muerte natural, y no puede, por tanto, al hablarse de muerte, suponerse que el legislador se refiera á la antigua muerte civil, borrada ya de nuestras leyes con aplauso de todos y para honra de nuestra legislación.

Algunos Códigos, como el de la República Argentina, añaden al fallecimiento la presunción de muerte, al fijar el momento desde el cual se transmiten los derechos sucesorios, y algún expositor de nuestra nueva legislación ha estimado deficiente el artículo que comentamos, por no contener dicha expresión, en su concepto necesaria, desde que la ley admitió el principio de la presunción de muerte como productor de derechos á los bienes, toda vez que la declaración judicial de dicha presunción ha de surtir efectos iguales, según dice, al fallecimiento con arre-

glo al art. 193 del Código. Pero aparte de que no existe esa pretendida identidad de efectos entre la presunción de muerte y el fallecimiento, como resulta del mero examen del art. 194, no era precisa en éste la expresión que se indica; pues en el lugar correspondiente el Código había ya determinado los efectos jurídicos de esa ficción legal en cuanto á las personas y los bienes, y hubiera sido incurrir en notoria redundancia volver á la exposición de dichos efectos respecto de los bienes de la persona que se presume muerta. Para ahorrar inútiles repeticiones, nos referimos á lo dicho al comentar los artículos 191 al 194, ambos inclusive.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Marzo de 1899, decide que la declaración de presunción de muerte de una persona desde fecha determinada, contiene jurídica y lógicamente la afirmación de que desde tal fecha debe tenerse por muerto á aquel á quien se refiere, y nacer, al tenor de los arts. 657 y 661 del Código, los derechos y las obligaciones correspondientes á su sucesión, sin que obste á tal doctrina el precepto del art. 192, relativo á la fijación del plazo de tres meses, á contar desde la publicación del fallo para ejecutarlo, pues esto es sólo una medida de precaución adoptada por el legislador, atendiendo á la posibilidad de que, mediante la publicación de la sentencia reaparezca el reputado por muerto. Idéntica doctrina contiene la sentencia de 5 de Diciembre de 1908.

El art. 657 se halla en relación con el 661, según el que los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones por el sólo hecho de la muerte: ambos se compenetran de tal modo, como ha dicho un autor, que el uno prefija el hecho y momento de la sucesión por lo que respecta al testador, y el otro por lo que se refiere al heredero, y ambos se completan con el 989 ya citado, que les sirve de complemento, por el que se dispone que los efectos de la aceptación ó repudiación se retrotraen al momento de la muerte.

Tan importante es la determinación de ese momento por las consecuencias que la ley le atribuye, que los tratadistas y algu-

nos Códigos han procurado en este punto fijar con exactitud las reglas para resolver los casos dudosos. El proyecto de 1851, en sus artículos 551 y 552, consignó varias de ellas; pero nuestro Código se ha ocupado de esto en el lugar destinado á regular la forma de la creación y extinción de la personalidad, estableciendo con acierto la doctrina que expusimos al comentar el artículo 33.

Réstanos indicar, que si bien el art. 657 sólo habla de derechos que se transmiten, debe entenderse comprendidas en sus preceptos también las obligaciones, las cuales igualmente pasan al heredero, por ser esto uno de los efectos del derecho sucesorio, según se desprende de los artículos 659 y 661; pero estando usada la palabra *sucesión*, en el artículo que comentamos, en un sentido amplio, que comprende lo mismo la herencia que los legados ó mandas, y no estando en algún caso sujeto á dichas responsabilidades el favorecido por la sucesión á título particular, los autores del Código debieron suprimir de la disposición de dicho artículo el extremo indicado para evitar confusiones, dejando su exposición y desarrollo para ulteriores y más adecuados preceptos del mismo.

Cuando el testador señala un día ó plazo determinado para que alguno de sus herederos ó legatarios entre en posesión de la herencia ó legado, á esa fecha hay que atender y no á la de la muerte del causante para la transmisión de los especiales derechos sucesorios. Esto es lo que con relación á la adquisición de un legado establece la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1903.

En el Derecho romano y en las Partidas encuéntranse diversos precedentes de la doctrina establecida por este artículo, especialmente en las leyes 54, tít. 2.º, libro 29, y 138 y 193, tít. 12, libro 50, ambas del Digesto, y en diversas leyes del tít. 6.º de la Partida 6.ª, y concuerda con el 718 del Código francés, el 927 del italiano, el 1735 y el 2009 del portugués, el 877 del de Holanda, el 369 del de Prusia, el 536 del de Austria, y algunos otros, á más de los citados en el cuerpo de este comentario.

ARTÍCULO 658

La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, á falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Consigna este artículo los diferentes medios por los que puede constituirse y adquirirse el derecho de sucesión, ó lo que es lo mismo, los modos por los que puede deferirse la sucesión. Su inteligencia no ofrece dificultad alguna, puesto que con claridad determina el carácter y la causa ó razón de cada uno de ellos, su denominación técnica y concepto jurídico de los mismos, así como el principio de compatibilidad traído al derecho patrio por la ley 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, como consecuencia del criterio de libertad en que se inspiró dicha legislación.

Como en el derecho vigente á la publicación del Código, la sucesión puede depender de la voluntad ó de la ley, ó de ambas cosas á la vez. En el primer caso, se llama testamentaria, porque, como en su lugar expondremos, el testamento es la manifestación ordenada de esa voluntad, origen del derecho sucesorio en tal supuesto; en el segundo, recibe el nombre de legítima, por tener su causa en la ley; y la tercera es conocida por los comentadores modernos con la denominación de mixta, por participar del doble carácter de la testamentaria y la legítima.

La doctrina es la misma que mantienen casi todas las legislaciones.

Los códigos de Sajonia y Austria admiten, sin embargo, otras causas ó modos de adquirir la sucesión. Según el art. 2003 del primero de ellos, se defiere también por contrato de herencia, y el art. 533 del segundo de dichos códigos reconoce la sucesión ó herencia á virtud de pacto matrimonial. En algunas provincias

regidas por legislación foral es frecuente que las sucesiones se regulen en capitulaciones matrimoniales, que participan á la vez de la naturaleza de los contratos y de las últimas voluntades, ó por verdaderas donaciones *mortis causa;* pero en nuestro derecho común, tanto en las antiguas leyes como en la moderna legislación, ha estado alejada y excluída siempre la forma de la convención ó del contrato, en cuanto á la sucesión universal, como contraria á la naturaleza de la misma, puesto que la convención impediría la revocabilidad, que es el carácter distintivo de la disposición por causa de muerte.

Así es que si bien se ha permitido á los cónyuges establecer en las convenciones nupciales algunos pactos relacionados con ella, jamás se permitió contratar la sucesión; y ese principio, mantenido constantemente por nuestro derecho, se ha reproducido en el Código, el cual no admite otra forma de expresión de la voluntad del causante más que el testamento, ó sea la manifestación ordenada de la misma con todas las solemnidades exigidas para ello, como acto unilateral, hasta el punto de que, según el artículo 672, será nula toda disposición sobre institución, manda ó legado si no concurrieren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo en los documentos en que hubiere sido hecha.

Esto no obsta para que por contrato pueda disponerse de parte de los bienes para después de la muerte, como sucede, por ejemplo, con la mejora, que es una institución propiamente sucesoria, y como veremos oportunamente, puede ser hecha por contrato ó en capitulaciones matrimoniales. Lo que no se podrá hacer es instituir heredero ó contratar sobre la totalidad de los bienes y derechos propios de la sucesión.

Por lo tanto, con arreglo á nuestro derecho, el testamento como manifestación de la voluntad, y la disposición expresa de la ley en su defecto, son los títulos de adquisición del derecho hereditario, ó mejor dicho, del derecho de sucesión, y como en algún caso las determinaciones de la voluntad pudieran no comprender ó alcanzar á toda la herencia objeto de la sucesión, teniendo que venir á suplir sus deficiencias las disposiciones de la

ley, por eso el Código reconoce también la tercera forma ó modo de ser deferida.

Aunque en los pueblos primitivos la sucesión legítima fué la primera forma que se manifestó, efecto del carácter especial que en ellos tuvo la propiedad, con el tiempo quedó aquélla relegada al carácter supletorio que en la actualidad tiene. La ley, en efecto, no provee á la sucesión sino á falta de disposición eficaz del causante, y aun entonces lo hace con arreglo á la voluntad presunta de éste.

Algunos, partiendo del supuesto de que la disposición de la ley no es más que la voluntad presunta del finado, estiman que la razón legal en una y otra sucesión es la misma, y que deben regirse por un principio de unidad en su constitución, puesto que la transmisión se verifica de igual modo y con los mismos efectos, sin que produzca diferencia alguna el que el llamamiento sea hecho por el testador ó por la ley. Pero desde luego se comprende la falta de fundamento de dicha opinión, pues notorias son las diferencias que en su esencia y en sus efectos distinguen la sucesión testamentaria de la legítima. No es esta ocasión oportuna para detenernos en el examen de esta cuestión; cuando nos ocupemos de las disposiciones relativas á la sucesión intestada, entonces expondremos esas diferencias, remitiéndonos ahora á ellas para evitar innecesarias repeticiones.

Réstanos indicar, para dejar bien sentado el concepto de la sucesión legítima, que si bien el artículo que examinamos dice que ésta se defiere á falta de testamento, no quiere esto significar que sólo se da lugar á ella en el caso de no haber otorgado disposición testamentaria el causante, sino que la falta de testamento á que se refiere puede provenir de esta causa, ó de que el testamento que se hubiere otorgado no pueda regir la sucesión por ser originariamente nulo; por haber perdido después su validez; por no contener institución de heredero en todo ó parte de los bienes, ó no disponer de todos los que correspondan al testador; por faltar la condición puesta á la institución de heredero; por morir éste antes que el testador, ó repudiar la herencia sin

tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer; y cuando el instituído es incapaz para suceder. En todos estos casos, á pesar de haber testamento, tiene lugar la sucesión intestada con arreglo al art. 912, sin más limitación que en el caso de no disponer el testador de todos los bienes que le correspondan, se reducirá la sucesión legítima tan sólo á aquellos de que no hubiese dispuesto.

En cuanto al tercer modo de deferirse la sucesión, hemos visto en la reseña histórica precedentemente hecha, al exponer el sucesivo desarrollo de la sucesión, tanto en el Derecho romano como en la antigua legislación de Castilla, que el principio de la indivisibilidad é incompatibilidad fué trasladado á nuestras leyes del romanismo puro, manteniéndose en ellas hasta el siglo XV, en que la del Ordenamiento antes citado rompió el axioma *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere posset.* Esa misma derogación se confirma en el apartado tercero del artículo que examinamos, al prescribirse en él que puede deferirse también en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley, y en los arts. 764 y 912, ya citados, al llamar á los herederos abintestato al goce de la parte de la herencia de que no hubiere dispuesto el testador en su testamento.

En un tiempo discutían los tratadistas si era un derecho ó un modo de adquirir el derecho de sucesión, ó el derecho hereditario, como generalmente se le denominaba. En lo antiguo, especialmente entre los romanos, fué considerado como un *jus in re;* mas la discusión ha perdido ya toda su importancia, puesto que el Código comprende á la sucesión como uno de los modos de adquirir.

Pero, en efecto: ¿debe ser considerada la sucesión como un verdadero modo de adquirir? Esta cuestión entraña otra no menos importante y discutida, cual es la relativa al fundamento del derecho de sucesión.

Este derecho, como la propiedad, ha sido combatido en su esencia y en sus diferentes manifestaciones. En el orden histórico, la sucesión ha sido siempre un hecho innegable, y, como

tal, fué reconocido y reglamentado; pero no sucede lo mismo en cuanto á su consideración como derecho, y las escuelas individualistas y socialistas libran en este terreno constante batalla, cuya transcendencia no puede desconocerse. Desde las quiméricas teorías *del pacto* hasta los que admiten la sucesión como derecho natural—según Troplong, Laurent, Domat y otros—, ó como corolario preciso de la propiedad y requisito necesario para que ésta surta sus mejores y más fecundos frutos, de cuya opinión son Thiers y otros, hay una diversidad de criterios tal, que, según ha dicho un malogrado autor, por sí misma revela que la doctrina está lejos de su perfección.

Unos, como Mouret y algunos cuerpos legales de nuestro antiguo derecho, pretenden tan sólo suprimir la sucesión más allá del cuarto grado. Otros, con Barodet y Pelletan, impugnan la herencia colateral abintestato, ó con Portalis, á pesar de reconocer el derecho de propiedad, dudan de la legitimidad de la sucesión, no encontrando más fundamento para ella que motivos de conveniencia y de equidad; y algunos han llegado á pedir, como en el Congreso de Bale, la abolición de la herencia.

Ya tenemos hechas algunas indicaciones sobre la legitimidad y fundamento del derecho de sucesión; y ahora nos corresponde ampliarlas, dada la importancia de esta cuestión.

Respecto á la sucesión testada, se ha negado la facultad de testar, y por lo tanto, de recibir por consecuencia de ella, alegando que todos los derechos, y más los civiles, concluyen con la vida del sujeto de ellos ó con la extinción de la personalidad civil, y que no puede, en su virtud, el testador proveer para después de la muerte acerca del destino de una propiedad que con ella ha de quedar extinguida. Y no sólo se ha negado esa facultad, sino que también ha sido objeto de discusión su fundamento por aquellos que la aceptaban, habiendo dado origen el estudio de su concepto filosófico jurídico á una interminable serie de teorías, que por exageraciones de escuela han venido á dar conclusiones erróneas en su mayoría, y que sólo han servido para producir la confusión.

Generalmente se ha reconocido como fundamento esencial de la facultad de testar el derecho de propiedad, el cual es por su naturaleza perpetuo y se transmite de unos en otros para cumplir su fin social y moral; y según frases de Thiers y algunos otros tratadistas, que en sus opiniones le siguen, tiene dicha propiedad su complemento en la sucesión, porque dado su carácter de perpetuidad, no podría existir si fuera temporal y vitalicia. Pero la sucesión no comprende sólo los bienes y derechos del patrimonio individual, y por lo tanto, la propiedad por sí sola no es el fundamento único de la facultad de testar, como tampoco estriba en la meras afecciones y relaciones de familia, cual otros suponen, puesto que la sucesión testada puede prescindir en determinados casos de esas relaciones, llamando á extraños al goce de la herencia, y en su virtud, ese fundamento, que sería eficaz en parte para justificar el derecho á la legítima de los herederos forzosos, no puede bastar como única y exclusiva razón para legitimar la facultad de testar.

Es ésta de derecho natural, pues sin ella, y si la propiedad hubiera de concluir con la vida de propietario, no podía ser satisfecho el deber, impuesto por el mismo, de la asistencia mutua, base de la familia, que á la vez lo es de la sociedad. Pero además tiene el derecho de testar otros fundamentos en el orden económico y en el moral, pues negada esa potestad, desaparecería todo el estímulo para el ahorro y la capitalización, que constituyen las más poderosas bases de la vida económica de los pueblos, y hasta el orden público se resentiría, según ha dicho un autor, porque los bienes del finado pasarían á ser *nullius* y su ocupación daría lugar á serios é inevitables conflictos. Por eso, al comentar el artículo anterior, dijimos que la institución de la sucesión había sido llevada al derecho civil de todos los pueblos civilizados por fundamentos filosóficos jurídicos y hasta de orden moral.

En cuanto á la sucesión legítima, también ha sido reconocida por todos los Códigos desde los tiempos más antiguos circunscrita en términos más ó menos amplios dentro de la familia.

«Recorriendo los anales de la humanidad, dice con la galanura de su peculiar estilo el Sr. Alonso Martínez en su *Opúsculo sobre la propiedad*, encontraréis varias naciones donde la ley proscribe el derecho de testar: ninguna donde no esté reconocida la herencia legítima.» Y más adelante añade: «Esa misma proscripción del derecho de testar, se ha decretado siempre para impedir que los bienes se distraigan de la familia á que pertenecen.»

En las legislaciones de la Edad Media se vió prevalecer el principio patrimonial sobre el del sentimiento derivado de los vínculos de la sangre; y ese mismo principio es el que domina en el derecho foral, levantado en algunos pueblos frente á los principios del romanismo, que sirvieron de base por tanto tiempo al derecho común de Castilla.

Disienten también los autores acerca del fundamento de la sucesión legítima. Durante mucho tiempo, los más eminentes tratadistas, entre ellos Grocio, creyeron que dicho fundamento era la voluntad presunta del causante, derivada de los naturales vínculos de familia, y en tal concepto, entendían que los llamamientos de la ley para dicha sucesión eran ó debían ser lo que el finado hubiera hecho de haber podido otorgar testamento, basándose, por lo tanto, la teoría sostenida por los mismos única y exclusivamente en el carácter individual de la propiedad.

Otros, por el contrario, atienden más al carácter social ó colectivo de la propiedad y estiman la sucesión intestada como la expresión de dicho carácter, haciendo nacer el derecho á la misma de la razón filosófica que atribuye á la propiedad el carácter de medio para cumplir el fin social de la vida dentro de la organización natural de la familia (1).

Pero cualquiera que sea la razón fundamental que á esta institución se atribuya, es lo cierto que la ley lo ha considerado como un derecho indisputable otorgado á la familia. Podrá dis-

---

(1) **Troplong**, *De la influencia del Cristianismo en el Derecho civil de los romanos.*

cutirse la extensión que deba darse á ese derecho; si ha de restringirse á la línea recta ó ampliarse á la colateral; si ha de ser patrimonio exclusivo de la familia legítima ó concederse también á la ilegítima, y caso afirmativo, en qué condiciones; pero lo que no puede negarse hoy día, á no incurrir en las exageraciones de escuela antes indicadas, es el reconocimiento de ese derecho concedido por la ley á favor de determinadas personas para suceder en los bienes del causante, á falta de voluntad expresa del mismo.

De las indicaciones precedentes resulta: que la sucesión, tanto la testamentaria como la legítima, llevan en sí la idea de un derecho, mediante el cual pasan los bienes y derechos que constituyen la herencia de una persona á otras, llamadas á suceder por la voluntad expresa del causante ó por declaración de la ley; constituyendo en tal concepto un verdadero modo de adquirir, que es como le considera el Código en el presente título y lo reconoce en el art. 609 del mismo.

Al comentar dicho artículo, en el cual se comprende la sucesión como uno de los modos de adquirir la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, dejamos de ocuparnos de esta cuestión, para evitar repeticiones, por creer la presente la ocasión más oportuna para la demostración de dicho concepto.

Tiene sus precedentes este artículo en la ley 39, tít. 2.º, libro 29 del Digesto; en las leyes del tít. 3.º de la Partida 6.ª, modificadas en cuanto al principio de la incompatibilidad de ambas sucesiones, que tanto el Derecho romano como nuestra legislación mantenía, por la ley 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, que permitió morir parte testado é intestado; cuyo precepto, reproducido en la Pragmática de 1566, tuvo su desenvolvimiento en las leyes de Toro, siendo recopilado en la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación. El proyecto de Código de 1851, en su art. 553, establece la misma doctrina, aunque prescindiendo de la definición, que constituye el párrafo 2.º del que examinamos, y está en un todo conforme con éste el 657 del proyecto de 1882.

Concuerda además el artículo objeto de este comentario con el 533 del Código de Austria, 1735 del de Portugal, 720 del de Italia, 952 del de Chile, en el cual se encuentra también una definición idéntica á la dada por el nuestro; 747 del de Guatemala, 3365 y 3366 del de Méjico, 740 del de Uruguay, 3280 del de la República Argentina, y algunos otros.

ARTÍCULO 659

La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Hemos indicado ya en otra ocasión que algunos Códigos y el proyecto de 1851 consideraban anónimas la sucesión y la herencia, siendo así que constituyen dos conceptos distintos, aunque relacionados entre sí, en cuanto la primera es el modo legal por virtud del cual se transmiten los bienes del finado, y la segunda la universalidad ó el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del mismo. Pero para precisar aun más su sentido y evitar confusiones en su inteligencia, debemos consignar que no todos los bienes y derechos poseídos por el causante al tiempo de su muerte deben considerarse como constitutivos de la herencia, pues algunos de ellos, por ser personalísimo su disfrute, desaparecen con la muerte.

En ese caso se encuentra el usufructo, el uso y la habitación, la renta vitalicia que estuviere disfrutando el finado, la patria potestad, los alimentos, la tutela, las servidumbres personales, y en general, todos los derechos personalísimos, pues todos ellos se extinguen por el hecho del fallecimiento, y no se transmiten á los herederos ó sucesores, aun cuando en vida del causante formaran parte de su patrimonio.

Por eso, si bien siempre ha sido doctrina corriente el apreciar como herencia, en su sentido más amplio, la universalidad ó conjunto de todos los bienes poseídos por el causante, lo mismo corporales que incorporales, derechos que obligaciones, cons-

tituyendo aquélla, por decirlo así, la continuación de la personalidad del finado, el nuevo Código, atento á la consideración antes indicada, ha restringido los términos de su definición, reconociendo que no todo lo que perteneció al finado forma parte de su herencia, precisando en el artículo que examinamos que la constituyen los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte.

El precepto de este artículo obedece al principio establecido en el art 657, de que el momento de la transmisión del derecho de sucesión es el de la muerte del causante, debiendo estarse á dicho tiempo para apreciar los bienes de la herencia, y en su virtud, como con la muerte se extinguen los derechos personalísimos, no pueden transmitirse ni formar, por lo tanto, parte de la herencia.

Por eso se observa que, apartándose el Código del tecnicismo de otras legislaciones, no dice que la constituyan los bienes que *pertenezcan* al causante, sino los que no se extingan por su muerte.

Aparte de esta acepción, tiene otra más limitada la palabra *herencia*, consistente en el conjunto de bienes, derechos y obligaciones adjudicados al heredero ó transmitidos á éste después de sacar del caudal de la sucesión las deudas y las mandas dejadas por el causante, ó los que no resultaren de su pertenencia, que es el concepto en que la definía la ley 8.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, al decir que era la *heredad é los bienes é los derechos de algunt finado, sacando ende las debdas que debía é las cosas agenas que hi fallasen*; conforme con cuya doctrina tenía establecido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, que la herencia de un finanado es lo que queda después de satisfacer todas las deudas y responsabilidades del mismo.

En estas responsabilidades están comprendidas, no sólo las que el causante de la herencia hubiere contraído por convenio, sino también las que nacen de culpa ó negligencia del mismo, siempre que no se extingan por su muerte, pasando al heredero la obligación de satisfacerlas. La acción de despojo, por ejemplo,

ejercitada por medio del interdicto de recobrar, se da contra los herederos del despojante, siempre que no haya prescrito, no sólo para el efecto de la restitución de la cosa, sino también para el pago de costas, daños y perjuicios y devolución de frutos, á que éste debe ser condenado conforme á la ley. Y lo mismo ha de entenderse respecto de la responsabilidad civil nacida de delitos ó faltas, puesto que según el art. 135 del Código penal vigente, está sujeta dicha responsabilidad á las reglas que el derecho civil establece para las demás obligaciones, conforme al art. 132 del mismo Código; por la muerte del reo sólo se extingue la responsabilidad penal. Todas estas responsabilidades y las demás análogas pertenecen á las obligaciones que comprende la herencia, y á que se refiere el artículo que estamos examinando, el cual, en consonancia con la legislación patria y con la generalidad de los Códigos, considera el patrimonio hereditario como una universalidad ó conjunto que pasa al heredero por voluntad del causante ó por ministerio de la ley.

Sostienen algunos, que si bien no forman parte de la herencia los derechos personalísimos, no es tan absoluto este principio que no admita algunas excepciones.

Con tal motivo, dicen que, en cuanto al usufructo, los artículos 480 y 516 introducen una excepción de la regla general, de que ese derecho se extingue por la muerte del usufructuario, previniendo respectivamente, que el arrendamiento de las fincas usufructuadas se considerará subsistente durante el año agrícola, y que el usufructo concedido por el tiempo que un tercero tarde en llegar á cierta edad, subsistirá por el número de años prefijados; pareciendo á su juicio indudable, que si falleciere el usufructuario antes de la terminación de dichos plazos, pasarán sus derechos al heredero por el tiempo que faltase para su vencimiento. Añaden también, que á los herederos pasan las acciones para impugnar ó reclamar la filiación legítima de una persona, según los artículos 111 y 118, y les aprovecha la legitemación póstuma de su causahabiente, con arreglo al art. 124. Pero rectamente entendidos los términos de dichos artículos, se ve que

no constituyen caso alguno de excepción de la regla citada, pues en el primero de los ejemplos invocados no hay transmisión de ningún derecho personalísimo del causante, sino el respeto debido al del arrendatario, necesario en este caso por la índole especial de los arrendamientos agrícolas, y que lo mismo puede tener lugar en caso de enajenación por actos entre vivos. En el segundo ejemplo, tampoco hay transmisión de un derecho personalísimo del finado, sino el reconocimiento de un derecho establecido desde luego á favor de los herederos en concurrencia con aquél. Y menos fundamento tiene dicha opinión en el último caso citado, puesto que en él no hay un derecho creado á favor del difunto con anterioridad á su muerte, sino que el otorgado á los descendientes del legitimado nace con el hecho posterior de su legitimación.

Algunos comentadores estudian en este punto ó con ocasión de este artículo el carácter de la herencia y la cuestión relativa á si ésta representa la persona del difunto ó la del heredero presuntivo. Las leyes de Partida reconocían subsistente la personalidad del difunto mientras no hubiere sido aceptada ó adida por el heredero la herencia; y este criterio ha sido el mantenido siempre por nuestras leyes y por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, como de la Dirección general de los Registros de la Propiedad y del Notariado, constituída, entre otras sentencias de dicho alto Tribunal, por las de 29 de Abril de 1889, 9 de Junio de 1885, 12 de Febrero del mismo año y 5 de Junio de 1861, y por las resoluciones del indicado Centro, fechas 9 de Febrero y 15 de Diciembre de 1887, 29 de Abril de 1890 y otras muchas.

No todos han entendido lo mismo. Conocida es la distinción establecida por Voet; la opinión sostenida de que la herencia yacente representa al difunto en todo lo que es derecho, y al heredero presuntivo ó aparente en cuanto es de hecho ó exige la intervención real de la persona de un propietario; así como la solución que trataron de dar á la cuestión los jurisconsultos romanos, atribuyendo á la herencia yacente una limitada capacidad

patrimonial, y por tanto, una personalidad jurídica; y el principio contrario á ella, *nullius in bonis est.*

Pero no debemos entrar aquí en el examen y desarrollo de esas encontradas teorías, que tendrán su lugar adecuado más adelante, limitándonos por ahora á las indicaciones hechas (1).

Esta cuestión tuvo su importancia, como vimos en la reseña histórica hecha en la introducción á este título, por los efectos de la inscripción en el Registro de la propiedad de las transmisiones hechas de los bienes hereditarios que se llevaran á cabo para las atenciones ó responsabilidades de la herencia ó con cualquier otro objeto durante el período en que la herencia estuviese yacente.

Según la doctrina y la jurisprudencia antes indicada, era considerada yacente la herencia, ínterin el heredero no la aceptaba ó adía, sin que en el entretanto pudiera ser considerado ni compelido como tal; y mientras conservaba esta cualidad la herencia, se suponía existente la personalidad del difunto para todos los efectos legales.

Con estos precedentes, la lógica aconsejaba que subsistiendo para dichos efectos la personalidad del causante, debiera, sin dificultad ni previa inscripción alguna, inscribirse á nombre del acreedor y como hechas por el mismo finado las enajenaciones que se hicieren mientras la herencia no fuera adida. Pero repetidísimas resoluciones de la Dirección de los Registros exigieron la previa inscripción á favor de los albaceas, si éstos eran universales, ó á favor de los llamados á la sucesión si el albacea era particular, para que de ese modo quedase cumplido el precepto del art. 20 de la ley Hipotecaria, aunque no constase la aceptación de la herencia por las razones expuestas en la reseña histórica de la introducción precedente al folio 217.

Esta doctrina venía á crear en la práctica dificultades, á veces insuperables, por la imposibilidad de determinar en muchas

---

(1) Véase, en aplicación de lo expuesto, el tratado de Bartolomé Dusi, titulado: *La herencia yacente en el derecho romano y moderno.*

ocasiones quienes fueran los herederos; y aun en el caso de ser conocidos éstos, por la falta de medios legales por parte del acreedor para obligarles á aceptar la herencia en la sucesión testada, ó á solicitar la declaración de herederos en la intestada, cuyo requisito era indispensable para llevar á efecto la previa inscripción, quedando en el entretanto en suspenso la efectividad de los derechos del acreedor.

Algunas tendencias en contrario sentido manifestáronse en varias resoluciones del expresado Centro, especialmente en una de 15 de Diciembre de 1887, que declaró que si en diligencias ejecutivas vendía el juez bienes de la herencia yacente en representación de la misma, era inscribible la enajenación, porque en dicho caso debía entenderse hecha la venta por el mismo finado. Pero mantenido con posterioridad el primitivo criterio en mayor número de recursos, sólo servía aquélla para aumentar la confusión y la duda.

Resolvió en cierto modo esta cuestión la Real orden de 22 de Junio de 1896, y decimos que quedó resuelta en cierto modo, porque si bien esa Real orden se refiere á las enajenaciones y adjudicaciones hechas á virtud de procedimiento ejecutivo seguido para la cobranza de créditos hipotecarios asegurados con los mismos bienes vendidos, y á ellas se limita la declaración contenida en la misma de no ser necesaria la previa inscripción á favor de los herederos para poder después inscribir la escritura de venta ó el testimonio de adjudicación á nombre del adquirente, la razón legal es idéntica en los demás casos, siendo aplicable á todos ellos en general los fundamentos consignados en los considerandos primero y segundo, que son los principales motivos de dicha resolución.

En la actualidad, el art. 20 de la nueva ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1909, generaliza la racional doctrina disponiendo lo siguiente:

«No será necesaria la previa inscripción á favor de los albaceas para inscribir los documentos de enajenación ó gravamen que éstos otorguen por sí solos, si para ello estuviesen expresa-

mente facultados por el testador y no existiesen herederos forzosos, ó si caso de haberlos, consta el consentimiento de éstos para la enajenación ó gravamen, con tal que el inmueble ó derecho real se halle inscrito á favor del testador.»

«Tampoco será precisa dicha inscripción previa para inscribir los documentos otorgados por los herederos» (ó en su nombre):

«1.º Cuando ratificasen contratos privados realizados por su causante, siempre que consten por escrito y firmados por éste.»

«3.º Cuando se trate de testimonios de autos de adjudicación ó de escrituras de venta, verificada en nombre de los herederos del ejecutado, ó en virtud de ejecución de sentencia, con tal que el inmueble ó derecho real se halle inscrito á favor del causante.»

En estos casos, sin embargo, es necesario que se justifique que los herederos en cuyo nombre se venden ó adjudican los bienes son tales herederos. (Resolución de la Dirección general de los Registros de 3 de Marzo de 1903.)

Algunos comentadores del Código se ocupan en este punto de si puede ó no ser objeto de contrato la herencia presente ó futura; pero el examen de esta cuestión donde tiene su lugar propio y conveniente es el comentario del art. 1271, en relación con el 1531, 1533 y 1534. Esto, no obstante, como necesario antecedente del estudio que en su día habrá de hacerse y para dejar ultimada la materia que examinamos, debemos indicar que en la herencia presente, es decir, en aquella que ya ha sido causada, como los derechos nacidos de ella forman parte del patrimonio del heredero desde el fallecimiento del causante, que es cuando se transmite la sucesión, y constituye, por lo tanto, una cosa cierta y conocida que no está fuera del comercio de los hombres, puede ser objeto de contrato, con arreglo al párrafo 1.º del art. 1271. Pero no sucede lo mismo en cuanto á la herencia futura, puesto que respecto de ella no existen todavía derechos creados, sino meras expectativas, y sobre ella no pue-

den celebrarse otros contratos que aquellos cuyo objeto fuera practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1056.

El pacto de futura sucesión se hallaba prohibido también en nuestro antiguo derecho por la ley 23, tít. 11 de la Partida 5.ª, la cual, al establecer esta prohibición, decía que la razón es porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho *non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes, por cobdicia de los haver*. No podían tampoco hipotecarse, por prohibirlo el núm. 5.º del art. 108 de la ley Hipotecaria. Las legislaciones forales no contenían disposición alguna que se separara de lo estatuído en este punto por el derecho común, y éste era el estado legal á la publicación del Código, el cual en un principio reprodujo en términos absolutos la prohibición indicada, estableciendo en el párrafo 2.º del art. 1271, que se exceptuaba del principio general consignado en el primero, ó sea que no podía ser objeto de contratación de la herencia futura, acerca de la cual sería nulo cualquier contrato aunque se celebrase con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se tratara.

Revisado después dicho cuerpo legal por consecuencia de la ley de 26 de Mayo de 1889, á los efectos y por los motivos que tenemos ya expuestos, la Sección de la Comisión codificadora encargada de llevar á efecto dicha revisión, procediendo con mayor lógica, modificó desde luego los términos de dicho precepto en la forma que resulta de la exposición antes hecha, poniéndolo en armonía con los derechos previamente reconocidos en el artículo 1056, según el cual podía el testador hacer por acto entre vivos ó por última voluntad la partición de sus bienes, y si así lo hacía había de pasarse por ella en cuanto no perjudicara á la legítima de los herederos forzosos. De este modo, y por medio de dicha rectificación, desapareció la contradicción que resultaba entre dicho artículo y el párrafo 2.º del art. 1271, en su primitiva redacción.

Debemos advertir también que, con arreglo al art. 1531, el que vendiere una herencia sin enumerar las cosas de que se com-

pone, sólo estará obligado á responder de su cualidad de heredero; y si se hubiese aprovechado de algunos frutos ó hubiere percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, debe abonarlos al comprador, según el art. 1533, si no se hubiere pactado lo contrario Por su parte, el comprador deberá satisfacer al vendedor todo lo que éste hubiere pagado por las deudas y cargas de la herencia y por los créditos que tenga contra la misma, salvo pacto en contrario.

Las indicaciones hechas respecto de los efectos de enajenación de la herencia, tendrán su debido complemento al comentar los artículos citados, bastando á nuestro propósito, por ahora, la mera referencia de los principios que regulan dichos actos.

El artículo que comentamos tiene relación con otros varios del Código, que determinan algunos de los derechos ó acciones que se transmiten á los herederos, ó que quedan extinguidos con la muerte del causante. En este caso se encuentran los siguientes: 112, 118, 137, 150, 152 en su caso 1.º; 167, caso 1.º también; 513, caso 1.º, y 653. A lo dicho al examinar dichos artículos nos remitimos, para no dar más extensas proporciones á este comentario.

Inscrito el dominio de una finca en el Registro de la propiedad á favor de una persona, y muerta ésta, es título bastante para entablar sus herederos la acción reivindicatoria, el de herencia y consiguiente declaración de herederos, pues con arreglo al art. 659, la herencia comprende todos los derechos de una persona que no se extingan por su muerte, y el dominio, por tanto, se transmite á los herederos. (Sentencia de 20 de Mayo de 1899.)

La de la Sala tercera de 27 de Enero de 1906, declara que la pensión ó cesantía asignada á un Ministro es un derecho personalísimo de él, por lo que si murió sin reclamarla, sus herederos no pueden pedirla, por no tratarse de ningún derecho transmisible.

El art. 659 tiene sus precedentes en las leyes del Digesto y en la 8.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª, por más que difiere en sus

términos la definición de la herencia dada en uno y otro de dichos preceptos legales, y concuerda con el art. 738 del Código de Uruguay, 746 del de Guatemala, 3364 del de Méjico y 1737 del de Portugal. En términos análogos, aunque algo más amplios, se expresan el Código de la República Argentina en su art. 3279, el de Nápoles en el 638, el de Austria en el 536, el de Chile en el 951 y algunos otros. En los Códigos de Francia, Bélgica é Italia, no encontramos concordancias, porque en ellos no se ven esas tendencias á definir las instituciones que se observan en los Códigos modernos, ni disposiciones que aisladamente establezcan reglas con determinación y fijeza sobre la materia, como ocurre en las legislaciones americanas. El proyecto de 1851, en su art. 549, y el de 1882, en el 658, contienen preceptos análogos.

ARTÍCULO 660

Llámase heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular.

Nuestro Código, siguiendo en esto el ejemplo que ofrecen en su mayor parte los Códigos americanos, ha procurado con la definición consignada en el presente artículo, distinguir y precisar con la mayor exactitud y fijeza posible el distinto concepto que en el orden jurídico deben merecer los herederos y legatarios, determinando, con perfecta lógica á nuestro juicio, como razón de su diferencia, el título por virtud del cual vienen á la sucesión.

El principio adoptado es común á casi todos los Códigos y no ofrece duda su inteligencia: la única dificultad que puede suscitarse, se refiere, como más adelante veremos, á lo que deba entenderse por título universal ó singular. En todos los tiempos y en todas las legislaciones encontramos esa misma diferencia entre las personas llamadas á suceder al causante, y puesto que de su distinto carácter ó condición jurídica surgen efectos de trascendental é importante divergencia, interesa grandemente,

ante todo, esclarecer lo que debe entenderse por heredero y por legatario.

Con dicho objeto discuten los autores con más ó menos acierto acerca del origen etimológico de cada una de dichas denominaciones, pretendiendo deducir de la significación de sus términos el alcance de las facultades propias de la misma.

Generalmente se ha considerado que la palabra *heredero* se deriva de la latina *heres*, que á su vez proviene de *herus*, amo ó señor, de la *familia*, con cuyo nombre se distinguía también la herencia, pues sólo podía haber lugar á ella cuando fallecía el padre de familia; entendiéndose en tal sentido, que heredero era el amo ó señor de la herencia. Otros, por el contrario, entienden que su origen está en el verbo *hæreo*, que significa estar junto ó pegado á otro; pero desde luego se comprende que no basta la razón etimológica para precisar el concepto.

Hase atendido también, para determinar la diferencia entre los herederos y legatarios, á la cantidad percibida en la herencia, llamando heredero al que sucedía en la totalidad de ella ó en una parte alícuota de la misma, y legatario al que sólo era llamado al goce de una cosa ó cantidad determinada. Este es el criterio seguido por muchos Códigos, entre los que podemos citar especialmente el portugués, el cual, en su art. 1736, denomina heredero al que sucede en la totalidad ó parte de la herencia, sin determinación de valor ni objeto; y legatario, á aquel en cuyo favor deja el testador cantidades ú objetos determinados.

Tampoco la razón de la diversa cuantía nos parece medida exacta para determinar la diferencia entre el heredero y el legatario, en cuanto á su condición y á los efectos jurídicos de la misma. Aparte de la consideración apuntada ya por alguno de los comentadores del Código, de que pueden existir casos en que la cantidad percibida por el heredero no alcance ó se diferencie en poco de la asignada al legatario, desapareciendo con tal motivo la razón tenida para imponer al heredero, por su mayor utilidad en la herencia, obligaciones distintas del legatario; el mismo Código ofrece una razón en contra de dicho criterio, es-

tableciendo el caso de que el legatario, sin dejar de serlo, tenga á su cargo las mismas obligaciones que el heredero, así como el de que el heredero, sin perder dicha cualidad jurídica, sea considerado como legatario. Ejemplo de lo primero se encuentra en los artículos 891 y 858 de dicho cuerpo legal, y de lo segundo en el 768.

Se ha dicho también que sólo completando este artículo con el precepto del siguiente puede aclararse el verdadero concepto jurídico de las denominaciones de heredero y legatario (1). De este modo se entiende por heredero al que, por título universal, sucede al causante desde la muerte de éste en todos sus derechos y obligaciones, siendo, por lo tanto, el continuador de su personalidad jurídica; y por legatario, al que sólo sucede al difunto en los bienes determinados que hubiere dejado al mismo, y no tiene á su cargo los demás derechos ni las obligaciones del testador, ni representa su personalidad.

Cierto es que el heredero adquiere y hace suyo el remanente de la herencia, y el legatario tan sólo la cosa ó la cantidad legada, y que el primero, por virtud de su cualidad de tal, hace suyos todos los derechos y responde de todas las obligaciones del causante, excepto en el caso de haber utilizado en tiempo y forma el beneficio de inventario; pero esto es definir por los efectss, y no puede servir de norma para determinar *à priori* cuál sea el carácter ó la condición jurídica que corresponda asignar al sucesor ó sucesores del testador en la sucesión testada, cuando por los términos de la institución no pueda deducirse si la voluntad de éste fué que las personas llamadas al goce de su herencia ó alguna de ellas sucediera en concepto de heredero ó de legatario.

Si el testador al hacer la institución designó al favorecido como heredero ó como legatario, habrá de estarse á dichos términos, en tanto que no resulte ser otra su voluntad; porque en

(1) Bonel y Sánchez, *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados*, tomo 3.º, pág. 172.

materia de sucesión testada, la voluntad del testador es la ley á que han de someterse todos los interesados, en tanto que aquélla no contraríe los derechos legitimarios de los herederos forzosos, ó no sea contraria á la moral ó á la ley.

Pero en el caso de que el testador no precise ó determine el concepto en que haya de sucederle el favorecido, ¿deberá ser tenido por heredero ó por legatario? La cuestión es importante, pues según sea uno ú otro el carácter que se le atribuya, distintos serán los efectos jurídicos, y por lo tanto, sus derechos y obligaciones.

La circunstancia de existir ó no alguna otra persona instituída como heredera en el mismo testamento, no altera los términos del problema, pues en el primer caso, el nombramiento de heredero hecho, no impide el que el causante instituya como tal á alguna otra persona; y en el segundo, la falta de herederos no implica que los favorecidos por el testador hayan de tener necesariamente dicho carácter; pues según el párrafo 1.º del art. 668, el testador puede disponer de todos sus bienes á título de legado. La única consecuencia que en este caso podría surtir de la disposición hecha en esos términos, sería que se prorrateasen las deudas y gravámenes, conforme al art. 891, á proporción de sus respectivas cuotas, entre los favorecidos en concepto del legatarios, á no mediar disposición del testador en contrario; pero no por eso adquieren ni pueden adquirir los instituídos la cualidad de herederos. Desde luego se comprende que la cuestión indicada sólo puede suscitarse en la sucesión testada, y principalmente tratándose de herederos voluntarios; pero no por eso deja de ser menos importante y digna de atención.

Reconociendo el Código su posibilidad, establece en el párrafo 2.º del citado art. 668, que en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra *heredero*, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia. Es decir, que hay que estar á la intención del causante.

Este criterio es el que nos parece más acertado, y con arre-

glo á él, si el testador, con su disposición, tan sólo quiso favorecer por un acto de liberalidad ó por cualquier otro concepto á la persona designada en la misma, transmitiendo á ella unos bienes ó cantidad determinados sin traspasar su representación ó personalidad, sólo podrá ser considerado como legatario el favorecido; y por el contrario, cuando la voluntad manifiesta ó presunta de aquél claramente deducida, revela que su propósito al llamarle á la herencia fué que á él pasaran todas sus acciones y responsabilidades, y con ellas su representación, así como los bienes que quedaren de la herencia después de satisfechas las deudas y las mandas, el instituído en dichas condiciones es el heredero, continuador de la personalidad del causante.

Esa intención del testador manifiéstase por los términos mismos de la institución, ó sea por la naturaleza y extensión del título en virtud del que es llamado á la sucesión el instituído; pues cuando el causante asigna á una persona una cosa ó cantidad determinada, desde luego se comprende que su intención es favorecerla tan sólo en aquello que le asignó; y por el contrario, cuando le llama al goce del remanente de la herencia ó de una cuota indeterminada de ella, implica dicho llamamiento que su voluntad fué hacerle su heredero transmitiéndole con la institución su personalidad jurídica.

Por eso el artículo que comentamos, siguiendo á la generalidad de los Códigos extranjeros, al definir la cualidad de heredero y la de legatario atendió al título de la sucesión, llamando heredero al que sucede á título universal, y legatario al que sucede á título particular ó singular.

Esta definición y el precepto del art. 661 compendian toda la doctrina consignada por nuestra antigua legislación en las leyes 1.ª, tít. 3.º, y 1.ª, tít. 9.º de la Partida 6.ª Con arreglo á ella, de antiguo ha sido considerada la sucesión como un título ó modo de adquirir universal, ó singular, según la cuantía de los bienes transmitidos. Al que sucedía en la universalidad de los bienes después de deducidas las deudas y las mandas, siempre ha sido conocido con el nombre de heredero ó sucesor *in univer-*

sum jus; y como su nombre lo indica, venía á sustituir al causante. Por el contrario, al que sólo se le dejaba una cosa ó una parte determinada de los bienes, se le denominaba legatario ó sucesor particular, y jamás pasaba á él la personalidad del difunto.

El Código civil, como hemos visto, ha adoptado esta misma distinción, y pagando tributo á la doctrina romana ha confundido en una sola las dos personalidades del causante y del heredero mediante la universalidad de la sucesión.

Hemos dicho antes, que, si bien es claro y preciso el principio que ha atendido el Código para distinguir al heredero del legatario, podía ofrecer alguna dificultad la determinación del concepto de lo que debe entenderse por *título universal* y por *título particular.*

Ordinaria y comúnmente se ha entendido por *título universal* en materia de sucesión, el que comprende la totalidad de los bienes de la herencia, ó cierta porción indeterminada de esa totalidad; es decir, una parte alícuota de la misma; y por *título particular* ó singular, el que sólo comprende determinados bienes ó una cantidad fija y determinada.

Conforme con esta apreciación el código de Chile, en su artículo 951, dice que el título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles ó en una cuota de ellos, y singular cuando se sucede en una ó más especies ó cuerpos ciertos, ó en una ó más especies indeterminadas de cierto género.

Cuando el testador instituye al heredero con este nombre ó en la totalidad de la herencia ó en el remanente de la misma, no hay dificultad alguna ni ningún obstáculo se opone á la clara inteligencia de este concepto: las dudas cuando ocurren es en el caso de dejar el testador una cuota de sus bienes sin decir en qué concepto, pues entonces, según unos, debe entenderse que la sucesión se causa á título universal, y, por el contrario, á título singular, según otros.

En derecho romano era conocido el legado *parciario*, y se-

gún él, se sucedía en la parte alícuota en concepto de legado, quedando sujeto á la deducción consiguiente para el pago de las deudas. Varios Códigos modernos, por el contrario, estiman que en dicho caso se sucede por título universal y en concepto de heredero.

En confirmación de ello podemos citar el art. 760 del código italiano, el cual establece que son hechas á título universal y *atribuyen la cualidad* de *heredero* las disposiciones testamentarias que comprenden la universalidad ó *una parte alícuota* de los bienes del testador, y las demás disposiciones son á título particular y atribuyen la cualidad de legatario. En términos análogos se expresan el código de Chile, en su art. 951, según hemos visto; el de Austria en su art. 532, y algunos otros. Con mayor precisión se decide por esta teoría el código portugués, cuyo art. 1736 llama heredero á aquél en quien recae la totalidad ó parte de la herencia sin determinación de valor ni objeto, distinguiendo con la denominación de legatario al que es favorecido por el testador dejándole cantidades ú objetos determinados.

Comentando dicho artículo Díaz Ferreira (1), dice que la esencia de la institución de heredero está en que el testador deje al instituído toda la herencia, ó el resto de ella, ó una cuota de la misma, aunque se asigne en corta proporción, distinguiéndose el legado, no por la cuantía de la porción dejaba al favorecido, sino por la forma de su constitución; y que en la institución de heredero la mente del testador es dejar un valor indefinido, en tanto que en el legado, aunque sea indeterminado, es siempre definido el valor.

Como particularidad especial indicaremos que por el Código de Méjico se reputan herederos á los legatarios, y con dicho carácter representan al difunto cuando el testador distribuye toda su herencia en legados, lo cual es distinto de lo establecido por nuestro Código para caso análogo en el art. 891, pues éste se

(1) Código civil portugués, anotado por D. José Díaz Ferreira, V. tomo 4.º, páginas 210 y siguientes.

limita á ordenar lo procedente para el pago de las deudas y gravámenes de la herencia, imponiendo á los legatarios á prorrata dicha obligación sin atribuirles por ello la representación y la personalidad del causante, y, por lo tanto, el ejercicio de sus acciones y derechos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 1903, declara que el *legado* del tercio es un legado de parte alícuota de la herencia, que ni se prohibe en el Código civil, ni constituye título universal para la sucesión.

De las indicaciones que hemos hecho respecto al distinto concepto que en las legislaciones extranjeras merecen el heredero y el legatario, resulta que nuestro Código ha mantenido con mayor claridad y precisión la naturaleza y el verdadero sentido de cada una de dichas instituciones; y si bien algunos comentadores han creído encontrar alguna oscuridad en la expresión por la diversa inteligencia á que pueden prestarse los términos *título universal* y *título particular*, entendemos que las dudas suscitadas provienen de que no se ha tenido en cuenta el sentido de relación en que está empleado el calificativo universal por atender demasiado á su valor gramatical y filológico.

En efecto, la palabra título universal no quiere decir que el título abarque ó comprenda la totalidad, ó el conjunto, ó la suma de todos los bienes que comprende la sucesión, ni aun siquiera el remanente de éstos, ó sea la herencia en el sentido limitado que á la misma daba la legislación de Partidas, sino que el derecho transmitido al instituído se contraiga ó haga relación á esa universalidad que constituye el caudal hereditario, y no á lo individual y concreto, ó sea á determinados bienes considerados en particular y con abstracción de la universalidad ó caudal hereditario.

Entendido de ese modo el precepto de este artículo, resulta que *heredero* es la persona que, bien por disposición del testador ó por ministerio de la ley, recibe el todo ó parte indeterminada de la herencia, adquiriendo por virtud de la sucesión los derechos y obligaciones del causante; y legatario, el que por dispo-

sición expresa del testador sucede á éste en una cosa ó cantidad determinada, no adquiriendo su representación y personalidad; pues si bien en el antiguo derecho romano la palabra *legare*, de que proviene el legado, tenía una acepción mucho más extensa, siendo casi sinónima de *testar*, como lo demuestra el conocido principio de las Doce Tablas, que bajo esa denominación comprendía todas las disposiciones del testamento, la doctrina y la jurisprudencia redujeron después su sentido, reservando las locuciones *legare* y *legatum* para las disposiciones á título singular.

De la noción expuesta aparece claramente determinada la diferencia esencial y la distinción entre herederos y legatarios, en cuanto á los efectos de su respectiva condición. Los primeros representan siempre y en toda ocasión la personalidad jurídica del difunto, y así como adquieren sus derechos, contraen también sus obligaciones; y, por el contrario, á los segundos no pasa dicha representación en ningún caso, cualquiera que sea la cuantía de su legado; los herederos lo son siempre de cantidad indeterminada ó cuyo importe no puede *à priori* conocerse, ni fijarse sin una previa liquidación de la herencia, pudiendo resultar mayor ó menor, según los legados y mandas que el testador hubiere hecho, ó las responsabilidades del causante á que tuvieren que atender; mientras que el legatario siempre lo es de cosa ó cantidad determinada y fija, pues su importe sólo puede sufrir reducción en muy limitados casos; los herederos suceden al causante en el remanente de todos los bienes relictos, después de deducidas las deudas y las mandas, y los legatarios sólo en la cosa ó cantidad objeto del legado; y, por último, el legatario necesita un previo ordenamiento de la voluntad del causante para el nacimiento de su derecho, y el heredero no, pues éste puede existir lo mismo en la sucesión testada que en la intestada.

De las distintas clases de herederos y legatarios nos ocuparemos más adelante, así como de los diferentes efectos que pueden producir los términos en que estuviere hecha la designación de los mismos, bastando por ahora las indicaciones precedentes

para dejar claramente determinado el concepto que debe merecer cada una de dichas instituciones.

El artículo que comentamos concuerda, además de las disposiciones ya citadas, con el 556 del proyecto de Código de 1851; con el 659 del proyecto de 1882, en el que se proponían preceptos análogos á los contenidos en el que examinamos; con el 954 del código de Chile, en el que se llama herencia á las asignaciones á título universal, y heredero al asignatario de herencia, y legatario al asignatario á título singular; con el 738 del Código del Uruguay; con el 3263 del de la República Argentina, y con algunos otros; teniendo sus precedentes en nuestra legislación en las leyes 1.ª, tít. 3.º, y 1.ª, tít. 9.º de la Partida 6.ª, según tenemos ya dicho.

ARTÍCULO 661

Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

Al comentar el art. 657 nos ocupamos ya del presente como complemento del principio sancionado en aquél, puesto que, lo mismo que dicho artículo, viene á marcar el momento en que la sucesión se transmite, si bien con referencia al heredero. Ambos artículos se refieren al hecho por el que se transmite y se hace efectivo el derecho hereditario, no á su inmediata efectividad.

Ya el art. 440 dispuso que la posesión de los bienes hereditarios se entienda transmitida al heredero sin interrupción desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegase á adirse la herencia, sentando el mismo principio reconocido y declarado por el precepto que examinamos. Pero uno y otro deben estimarse subordinados á lo prescrito para los casos de sustitución y herencia condicional, por los arts. 775 y siguientes, 801 y 1054.

Además, en todo caso, así en la sucesión testamentaria como en la legítima, la completa efectividad del derecho del heredero

implica la adjudicación de la herencia en las operaciones particionales, según declara el art. 1068, de acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, en cuya virtud la partición legalmente hecha confiere á cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hubieren sido adjudicados, ó sea el *apoderamiento corporal de los bienes de la herencia,* que decía la ley 1.ª, tít. 14 de la Partida 6.ª Y aun la intestada requiere todavía, antes que esto, la previa declaración de herederos hecha por juez competente, en la forma que determinan los artículos 977 al 1000, ambos inclusive, de la ley de Enjuiciamiento civil.

Con ocasión del examen de este artículo, algunos comentadores del Código discuten si, dados los antecedentes de su precepto y los términos en que se halla concebido, debe entenderse que la posesión de los bienes hereditarios pasa á los herederos *ipso iure* desde la muerte del causante, ó si, por el contrario, se requiere para ello la concurrencia de algún acto por virtud del cual dichos herederos entren en la posesión de los indicados bienes.

No deja de tener esta cuestión importancia en la práctica, por los efectos que puede producir la solución que se adopte.

El Código italiano, que tanto influjo ha tenido en la labor codificadora de los tiempos modernos, sancionaba en su art 925 el primero de dichos sistemas; el Código francés, en el art. 724, lo tenía ya establecido para los herederos legítimos, con exclusión de los hijos naturales, así como del cónyuge supérstite y del Estado: análogas doctrinas mantuvieron el de Holanda en su art. 880, y algunos otros cuya exposición resulta innecesaria, y hasta el proyecto de 1851, inclinándose de esta parte, disponía en el art. 554 que los herederos sucedían al difunto por el mero hecho de su muerte, *no sólo en la propiedad, sino también en la posesión.*

Por el contrario, el derecho romano y con él nuestra antigua legislación siguieron criterio distinto, reconociendo subsistente la personalidad del difunto mientras la herencia no fuere adida,

y de aquí que la ley 1.ª, tít. 14 de la Partida 6.ª, antes citada, exigiera, para que el heredero tuviese la posesión sobre las cosas hereditarias, que se le hiciese entrega de ellas en la forma establecida en la 2.ª del mismo título y Partida: principio que sólo tuvo como única excepción la regla consignada en la ley 45 de Toro en favor de los mayorazgos.

El Código austriaco (art. 797) y algunos otros, requerían también la previa toma de posesión; y ante esta diversidad de precedentes, fijándose la generalidad de los expositores de nuestro Código tan sólo en algunas semejanzas de redacción, han creído que en él se ha dado la preferencia al sistema italiano, reproduciéndose en el artículo que comentamos indistintamente á favor de todos los herederos la doctrina sancionada en el 925 del Código de dicha nación.

Fúndanse los que tal creen, en que de otro modo carecería de objeto y resultaría innecesario el artículo, pues si la razón de su precepto fuera sólo establecer que la causa y el momento de producirse la transmisión en la herencia es el de la muerte, y que dicha herencia comprende no sólo los bienes, sino también los derechos y las obligaciones, esas declaraciones resultaban ya hechas en los arts. 657 y 659, no necesitando, por lo tanto, una nueva exposición.

Se ha dicho además en apoyo de este supuesto, que esta inteligencia es también la más conforme con los principios admitidos por la ciencia jurídica, pues según tiene reconocido la misma, el hombre nunca muere en cuanto á sus derechos y obligaciones civiles que no fueren personalísimos, ni hay bajo tal aspecto ni un solo momento de interrupción entre el difunto y sus herederos, hasta el punto de que aprovechan ó dañan á los últimos, y aun se reputan ejecutados por éstos los actos del finado, pasando *pleno jure* los derechos al heredero por virtud de la muerte, sin que haya modo de distinguir entre la posesión y los derechos que constituyen su esencia.

Otros comentaristas se limitan á tachar de oscuro el precepto de este artículo, afirmando que sus términos favorecen la

diversidad de su interpretación; y por último, no falta quien cree que, si bien no tiene el alcance del 925 del Código italiano, y de la doctrina aceptada por algunos otros Códigos modernos, el artículo citado quiere decir algo más de lo que su letra expresa, entendiendo que en él se ha creado una posesión *ipso jure,* que pudiera llamarse *civil* y *civilísima,* siguiendo el tecnicismo de la ley de Toro, como decía García Goyena comentando el art. 554 del proyecto de 1851, cuya posesión, según el mismo autor, no excluye la prescripción ni que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos de las cosas hereditarias cuando y como podría hacerla éste contra el difunto.

La causa de esa confusión y de la diversidad de criterios que acerca de dicha inteligencia se observa, proviene, á nuestro juicio, de que la generalidad de los comentadores del Código, al estudiar este artículo, aprecian aisladamente el texto del mismo, sin tener en cuenta que su precepto se halla en relación con otras varias prescripciones que desarrollan y completan la doctrina en él sancionada.

Al espíritu observador y reflexivo con que debe procederse en esta clase de estudios no puede pasar desapercibida la razón que tuvieron los autores del Código para separarse, en la redacción de este artículo, de los términos en que se hallaba concebido el 554 del proyecto de 1851.

En éste se decía, como hemos indicado ya, que el heredero sucedía al difunto por el hecho de la muerte, *no sólo en la propiedad, sino también en la posesión,* y para evitar precisamente la torcida inteligencia á que pudieran prestarse los términos transcritos, fueron suprimidos éstos, sustituyéndolos en la forma que aparece del presente artículo.

Esa supresión hecha, ó, mejor dicho, esa modificación introducida en el texto del primitivo proyecto, desde luego revela que el criterio que presidió á la confección del artículo fué contrario á esa posesión civilísima de que hablan los autores citados, y que estiman transmitida *proprio jure* por el hecho de la muerte, exigiéndose, por el contrario, para que la transmisión

se realice y surta sus efectos, el concurso de la voluntad del heredero, revelada por medio de algún acto que demuestre su intención de suceder al causante.

Ese acto del sucesor es la aceptación de la herencia, reconocido como indispensable por repetidos artículos, en relación con los cuales debe entenderse el que examinamos.

Al tratar de la aceptación de la herencia nos ocuparemos con más detención de la necesidad de dicho requisito para que la sucesión se cause y determine sus efectos; requisito indispensable y preciso desde que la sucesión es libre, pues á nadie puede obligársele á ser heredero contra su voluntad.

Al presente nos basta consignar que el Código exige, para que la sucesión surta los efectos indicados en este artículo, que el heredero acepte la herencia, y que sin este requisito no sucederán los herederos al difunto en sus derechos y obligaciones. De lo contrario se hubiera aceptado íntegramente la redacción del 554 del proyecto citado, ó, mejor aún, se hubiesen adoptado términos tan claros y precisos como los del 925 del Código italiano.

En contra de esta opinión sostiene un expositor del Código y su jurisprudencia que, á partir del fallecimiento del causante, la sustitución de éste por el heredero ó causahabiente es simultánea, sin que sea necesaria la aceptación, porque ésta se presupone siempre como consecuencia de la sucesión, equivaliendo la repudiación por el heredero á la renuncia de un derecho que ya se tiene ó se posee, y de una representación adquirida que se abandona y se rechaza ó se condiciona al aceptarla ostensiblemente, con arreglo á las facultades concedidas por derecho (1).

Una observación sola demostrará la inexactitud de esta doctrina. De ser cierto lo que dicho autor sostiene, si la transmisión de los derechos y obligaciones del difunto al heredero se verificara desde el momento de la muerte, sin necesidad de la aceptación, el acreedor del causante podría desde luego ir contra el

---

(1) Robles Pozo, *El Código civil y su jurisprudencia*, t. 2.º, págs. 60 y 61.

heredero en reclamación de su crédito, una vez ocurrido el fallecimiento, correspondiendo á éste únicamente, para oponerse á la reclamación, la excepción de falta de personalidad, previa justificación de la renuncia. Y, sin embargo, en oposición á ello se encuentra el precepto del artículo 1005, según el que el acreedor debe acudir al juzgado cuando el heredero no hubiere aceptado la herencia, pidiendo se le señale un plazo para aceptar ó repudiar, y si al cabo de dicho plazo autoriza al acreedor para perseguir al heredero, es por la aceptación tácita que implican los términos del apercibimiento, que, según dicho artículo, debe serle hecho. Este apercibimiento confirma la necesidad de la aceptación para que se lleve á efecto la transmisión de las obligaciones, y lo mismo la de los derechos que constituyen la herencia.

Además, en contradicción se halla también lo expuesto por el autor citado con la disposición del art. 440, que requiere el requisito de la adición de la herencia para que se entienda transmitida la posesión de los bienes hereditarios.

La jurisprudencia posterior al Código ha reconocido también la necesidad de la aceptación para que la transmisión surta sus naturales efectos, como puede verse en sentencias de 13 y 30 de Noviembre de 1895, especialmente en la segunda de ellas, cuya claridad y precisión no permiten duda alguna en este punto.

En contra de lo que sostienen los autores citados, el Código exige la previa aceptación para la transmisión de los bienes hereditarios, sólo que al aceptar la herencia se retrotraen los efectos jurídicos de dicho acto al momento de la muerte del causante, como se establece en el art. 989 del mismo, entendiéndose transmitida desde entonces, no sólo la propiedad, sino hasta la posesión, según se consigna en el art. 440.

Esta es la buena doctrina y la que está más en armonía con los principios reconocidos hoy por la ciencia; pues desde que desaparecieron las rigoristas prescripciones del romanismo, la aceptación es puramente voluntaria, según hemos dicho antes, y á nadie puede obligársele contra su voluntad á poseer ni á ser pro-

pietario de los bienes hereditarios, ni á contraer las obligaciones, como sucedería si al heredero pasasen *ipso facto* y sin necesidad de su concurso los derechos y obligaciones, como algunos pretenden. Por lo tanto, debe entenderse el artículo que examinamos en el sentido de que por el hecho de la muerte suceden los herederos al difunto en todos sus derechos y obligaciones, siempre que preceda la aceptación expresa ó tácita, cuyo requisito presupone el Código como indispensable para que pueda surtir sus efectos la sucesión.

Sin embargo, la sentencia de 2 de Marzo de 1896, partiendo de la base de que no hay gananciales, ni herencia líquida, mientras existan deudas contra la sucesión, y de que no se había alegado ni probado por los herederos demandados al pago la renuncia de la herencia, ni la aceptación á beneficio de inventario, confirma un fallo por el que se condena á esos herederos al pago, sin haberse probado tampoco la aceptación ni cumplimentado el art. 1005.

Excusado nos parece decir que la generalidad del precepto de este artículo se halla limitada por los términos del 659, con arreglo al cual quedan excluídos de la sucesión general que preceptúa el que comentamos, aquellos derechos y obligaciones que, por ser personalísimos del causante, se extinguen con su muerte y no forman parte de su herencia. Es decir, que por el hecho del fallecimiento sucederán al finado sus herederos en todos los derechos y obligaciones que hayan de subsistir después de su muerte.

El presente artículo deja subsistente lo establecido respecto al beneficio de inventario; y en su consecuencia, la sucesión en las obligaciones, ordenada por el mismo, debe entenderse limitada al importe de lo recibido, cuando el heredero hubiere utilizado en tiempo y forma dicho beneficio.

No falta quien crea encontrar contradicción en este punto entre el precepto de este artículo y el núm. 1.° del 1023, como se supuso también entre el mismo y el 440, dada la amplitud que ha querido darse al primero, y aun dicha cuestión fué llevada á

las Cortes; pero desde luego se comprende la falta de base de dicho supuesto, motivado por el error de apreciar aisladamente el artículo que examinamos, sin tener en cuenta que en éste se consigna un principio que está sujeto á todas las modificaciones que en él imponen las disposiciones generales del Código, que sirven de base á la teoría aceptada en materia de sucesiones.

De los términos del artículo se infiere también que deben considerarse nulos los actos ejecutados por los herederos testamentarios ó abintestato á título de tales herederos, en el falso supuesto de haber fallecido el causante; pues no sucediéndose á éste *sino por el hecho de la muerte,* mientras esto no ocurra, ningún derecho pueden ejercitar los favorecidos por la institución ó por la ley; y lo mismo debe decirse en cuanto á las reclamaciones deducidas contra éstos para la efectividad de las obligaciones de la herencia en dicho caso.

Ya la anterior jurisprudencia resolvió en este sentido dicha cuestión, declarando nulas, en sentencia de 30 de Mayo de 1890, las actuaciones de un juicio de testamentaría seguido en dicho falso supuesto; y aunque con otro objeto, en el párrafo 28 de la exposición de motivos de la reforma introducida á virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, se confirma y corrobora dicha doctrina; pues, en efecto, no puede decirse que los herederos ó legatarios tengan un derecho adquirido por virtud del llamamiento de la ley ó de la institución testamentaria que en tal concepto deba ser amparado, toda vez que la efectividad y la extensión del que pudieran darle tales actos dependen de eventualidades independientes de la voluntad del que lo posee, en razón á ser mudables hasta la muerte del testador las disposiciones de éste, así como pueden variar también las ordenaciones de la ley. Es, pues, una justa espectativa, una esperanza, pero no un derecho adquirido el que dichas personas tienen; y por lo tanto, hasta la muerte del causante no pueden surtir efecto alguno, siendo ineficaz cuanto hicieren en concepto de tales herederos antes de adquirir dicho carácter.

Véase en el comentario de los arts. 968 á 980, la sentencia de 4 de Julio de 1896.

La resolución de 3 de Abril de 1899, declara que vendida una finca de la herencia por el administrador judicial, la transmisión ha de entenderse hecha, con arreglo á la doctrina del art. 661, no del causante al comprador, sino del causante á sus herederos, y después de éstos, representados por el administrador, al tercer adquirente.

Fundándose en el precepto de este artículo, y en el del 657, declara el Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de Octubre y 23 de Noviembre de 1903, que mientras la herencia se halla proindiviso cada uno de los herederos puede, por sí sólo, ó sin el concurso de los demás, ejercitar las acciones que correspondieran al difunto, siempre que redunden en beneficio de la masa, ó no sea en perjuicio de los otros coherederos, sujetándose á los preceptos reguladores de la comunidad de bienes, por lo que infringe los citados artículos el fallo que exige que la acción se entable por todos los herederos.

Aplican también el art. 661 las sentencias de 16 de Enero y 9 de Febrero de 1901, 25 de Enero de 1902, 11 de Diciembre de 1903 y 26 de Octubre de 1904.

No existen precedentes históricos en nuestro derecho patrio respecto de este artículo; pero la jurisprudencia tenía establecido el mismo principio, de que los herederos suceden al difunto por el solo hecho de la muerte en su personalidad, ó sea en sus derechos y obligaciones, como dice el Código. El proyecto de 1851 amplió la doctrina en el sentido que antes hemos indicado, y el de 1882, en su art. 631, propuso precepto análogo al adoptado en el Código vigente.

Concuerda dicho artículo, á más de las citas ya hechas, con el 724 del de Bélgica, 943 del de Luisiana, 3372 del de Méjico, 863 del de Veracruz, 2014 del de Portugal y 96 del de Chile.

CAPITULO PRIMERO

De los testamentos.

Los cinco artículos precedentes determinan y precisan los principios generales acerca de la naturaleza y efectos de la sucesión, considerada en su esencia é independientemente de la forma en que hubiere sido deferida; y después del estudio de sus preceptos, el orden y el método exigían que el Código se ocupase con la debida separación del desarrollo y desenvolvimiento de dicha institución en cada una de sus diversas manifestaciones, empezando, en consideración á su importancia, por la sucesión testada, de la cual es fuente y raíz la voluntad del causante, solemnemente manifestada en testamento.

He aquí la razón y el objeto del presente capítulo; mas para la debida inteligencia, y á fin de evitar dudas más ó menos justificadas, debemos desde luego advertir que, si bien lleva por epígrafe los breves términos que del texto aparecen, no comprende, sin embargo, íntegramente toda la materia relativa á la institución testamentaria, como parecen indicar dichos términos, sino que, por el contrario, está limitado su objeto, y, por tanto, los preceptos que contiene, única y exclusivamente á la capacidad para testar, á las formas ó solemnidades para su otorgamiento y á la exposición de algunos principios acerca de su naturaleza; quedando para el capítulo siguiente lo relativo á la institución de herederos, mandas, legados, causas y efectos de la desheredación, albaceazgos y demás particulares que con los testamentos se relacionan.

No hemos de encarecer ahora la importancia de los testamentos. Fundamento y raíz de la sucesión testada y ley para los herederos, reguladora de la sucesión después de la muerte del causante, ha merecido siempre una consideración principalísima en todas las legislaciones esa solemne ordenación de la voluntad del que con su muerte da origen á la sucesión.

Ya en la reseña histórica de la introducción con que encabe-

zamos el tratado de las sucesiones, expusimos la atención preferente que en todas las épocas y en el sucesivo curso del tiempo había consagrado el legislador á esta importantísima materia, y en las partes 2.ª y 3.ª de dicha introducción quedaron consignadas las reformas llevadas á cabo por el Código en las prescripciones correspondientes de nuestro antiguo derecho, así como el juicio que creemos deben merecer las mismas.

Para evitar repeticiones, nos remitimos á lo dicho entonces, limitándonos á recordar tan sólo que los principales fines que inspiraron dichas reformas fueron facilitar el otorgamiento de las últimas voluntades, suprimiendo los motivos que en lo antiguo dificultaban la testamentifacción activa, y asegurar á la vez la autenticidad de dichos actos y el cumplimiento de sus disposiciones.

Divídese este capítulo en diez secciones, la primera de las cuales trata de la capacidad para testar; las ocho siguientes de la forma y solemnidades de los testamentos, y la última de su revocación é ineficacia.

Se ha censurado por algunos que se trate en primer término de la capacidad, separándose de este modo la Comisión redactora del orden seguido por la generalidad de los autores y por casi todos los Códigos modernos, incluso el proyecto de 1851, los cuales se ocupan ante todo del testamento en general, dejando para después lo relativo á la testamentifacción activa. Pero antes de dar á conocer lo que es el testamento, lo natural era determinar quiénes están facultados para otorgarlo, pues siendo aquél un efecto de dicha capacidad, y dependiendo en él todo de la voluntad del testador, el orden exigía que el Código, conforme con el sistema adoptado, definiese y precisara previamente quiénes tienen capacidad para testar. Por eso entendemos que carecen de fundamento los cargos hechos con tal motivo.

SECCIÓN PRIMERA

DE LA CAPACIDAD PARA DISPONER POR TESTAMENTO

ARTÍCULO 662

Pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohibe expresamente.

ARTÍCULO 663

Están incapacitados para testar:

1.° Los menores de catorce años de uno y otro sexo.

2.° El que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Determinan con claridad y precisión suma estos dos artículos, que por su íntimo enlace examinamos juntos, toda la teoría relativa á la capacidad para testar, que, según tenemos ya dicho, ha sido conocida entre los tratadistas con el nombre de testamentifacción activa.

Dicha capacidad es y debe ser el punto de partida en el estudio de la materia de testamentos, pues antes de examinar lo que éstos deben ser, los efectos que hayan de producir, las ordenaciones que en ellos pueden hacerse y las solemnidades de que han de estar revestidos en cada una de sus distintas formas admitidas por la ley, interesa conocer quiénes tienen capacidad para llevar á cabo ese acto.

Según puede verse en la primera parte de la introducción inicial de los comentarios al presente título, este es el punto en que más discrepa el derecho romano de las otras legislaciones. Refiriéndonos á lo entonces dicho, no necesitamos ahora exponer el peculiar carácter del testamento romano ni las sucesivas transformaciones experimentadas por el mismo en sus distintas clases, el *incalatis comitiis*, el *in proncinctu* y el *per æst et libram*, así como las reformas llevadas á cabo por los pretores y las in-

novaciones introducidas por los Emperadores, que concluyeron por despojarle de su primitiva condición, no sin que en la legislación justinianea dejase de conservar impresas sus huellas.

Á nuestro propósito actual basta recordar que si bien con el transcurso del tiempo se suavizó algún tanto el rigor que en un principio mostrara dicha legislación, jamás dejó de considerarse en ella la testamentifacción activa como un principio exclusivo de la ciudadanía, estimándose su ejercicio como un acto de derecho público, según la frase de Papiniano.

Las leyes de Partidas, que trasladaron á nuestra legislación el sistema romano, mantuvieron el mismo criterio restrictivo, limitando con numerosas incapacidades la testamentifacción.

En la actualidad las legislaciones se fundan en principios más equitativos, y considerando la facultad de testar como un derecho nacido de la ley natural, reconocen á ese derecho un carácter general, concediéndole á todos los que estuvieren en edad conveniente para ello, con rarísimas excepciones, y sin distinción de clases, de nacionalidad ni de religión. Inspirándose el Código en estas modernas corrientes de la ciencia, si bien parte del derecho histórico ha consignado el mismo principio en los dos artículos que comentamos, poniéndose, con los breves términos de sus preceptos, al lado de la razón, de la justicia y de la equidad.

Según ha dicho un autor, la testamentifacción activa es el ejercicio del derecho de propiedad, y así como ésta es libre, pueden ejercer todos la facultad de testar, y su libertad debe imponerse mientras no se pruebe lo contrario.

Dicha facultad no debe negarse, en efecto, á persona alguna, por ser consecuencia de la libertad de la propiedad, y sólo deben quedar excluídos de ese beneficio aquellos á quienes la ley exceptúa por razones á que la misma no podía dejar de atender. Esta es la razón del precepto del art. 662, en el que se consigna el principio general, dejando para el siguiente la exposición de las excepciones reconocidas por la ley.

Esas excepciones, contenidas en el art. 663, constituyen las

incapacidades llamadas absolutas, en cuanto impiden en general para otorgar toda clase de testamentos. Pero aparte de ellas, existen otras relativas, que se refieren á determinadas y especiales ordenaciones de la última voluntad, cuya exposición reserva el Código para su lugar oportuno.

Como se deduce de estas ligeras indicaciones, las incapacidades absolutas citadas se contraen á la esencialidad de la capacidad para testar, y traen su origen de la falta de concurrencia de las condiciones que constituyen la esencia de la misma.

Según expresamente declaran algunos Códigos, dos son las condiciones esenciales de la capacidad para testar: 1.ª, que el testador esté en aptitud de tener perfecto conocimiento del acto que va á ejecutar, y 2.ª, que se halle en perfecta libertad moral de ejecutarlo; esto es, que su ánimo esté exento de toda intimidación y de toda influencia moral que le prive del necesario discernimiento y de la libertad precisa para disponer su testamento con arreglo á los dictados de su voluntad.

La primera de esas condiciones puede estar impedida ó limitada por la edad del testador, en razón á no haber llegado á la plenitud de la en que se presume haberse adquirido la aptitud necesaria para apreciar sin riesgo de error la importancia y consecuencias de la disposición *mortis causa*. La segunda puede estar asimismo estorbada ó limitada por la falta del juicio necesario para la libre y consciente determinación de la voluntad.

De aquí que el Código no reconozca hoy más que dos restricciones de esta capacidad: una por razón de la edad, y otra por causa de demencia.

En el primitivo texto del mismo se consignaba en segundo lugar la establecida por nuestras antiguas leyes respecto de los religiosos profesos de órdenes monásticas reconocidas por las leyes del Reino; pero en vista de las reclamaciones formuladas, tanto por los representantes de la Iglesia como por otras muchas respetables personalidades en la tribuna y en la prensa, la sección de lo civil de la Comisión general de Códigos, encargada de su revisión, suprimió dicha incapacidad, volviendo por los

fueros de la justicia y armonizando sus preceptos con los buenos principios de la ciencia.

Véase, como ampliación de lo expuesto, lo dicho acerca del particular en las págs. 186, 187 y 276 de este tomo.

En cuanto á los Arzobispos y Obispos, que tenían también determinadas incapacidades, la legislación vigente á la publicación del Código estaba constituída por la Real orden de 30 de Abril de 1844, que fué ratificada por el Concordato de 16 de Marzo de 1861 en su art. 31.

Dada la irretroactividad del Código en los términos consignados en sus disposiciones transitorias, la importancia que entraña toda la materia de sucesiones nos obligó á detenernos en la exposición histórica de nuestra anterior legislación, puesto que al presente pueden aún suscitarse litigios que tengan que ser resueltos por la misma. Pero suprimidas por el Código las incapacidades citadas, hoy sólo existen para en adelante como absolutas ó comunes á todos los testamentos las dos antes citadas.

Como desde luego se comprende, el motivo de la reforma introducida por el Código en el derecho histórico, fué la aspiración generalmente sentida, de facilitar la testamentifacción removiendo los obstáculos que de antiguo limitaban la capacidad para testar. Por virtud de ella han desaparecido de nuestra legislación aquellas anacrónicas incapacidades que en número considerable mencionaban las Partidas, y que si bien en su mayor parte habían caído en desuso, podían, sin embargo, dar origen á cuestiones y litigios, pues no habiendo sido expresamente derogadas las disposiciones en que fueron establecidas, en lo posible estaba que el interés individual, en casos determinados, pretendiera se reconociese su subsistencia. Y al suprimir dichas incapacidades, no sólo ha evitado esas posibles contiendas, sino que, además, ha ampliado considerablemente la testamentifacción activa, facilitando á la vez la recta inteligencia de la doctrina por los términos precisos en que aparece consignada.

Todos aquellos á quien non es defendido por las leyes deste nues-

tro libro, pueden facer testamento, decía la ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y reproduciendo dicho principio el art. 662, establece que pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohibe expresamente. Por lo tanto, para deducir quién tiene capacidad para testar y quién no, habrá que proceder por el método de eliminación, apreciando si concurre ó no alguna de las causas de incapacidad admitidas por la ley.

Este sistema, seguido por la anterior legislación y adoptado por el Código, es también el más racional y lógico, pues en materia de capacidad la regla general es que el individuo, sujeto de derecho, puede hacer todo aquello que no le está prohibido por la ley, y consignando este principio el procedimiento de exclusión, viene á precisar y fijar exactamente sus términos, evitando que pasen desapercibidos ó escapen á la previsión del legislador conceptos que en otro caso debieran estar comprendidos en la definición.

En esta sección se establecen tan sólo las reglas generales sobre la capacidad para testar en cuanto son comunes para toda clase de testamentos, quedando reservadas para su lugar correspondiente todas aquellas que limitan ó extinguen dicha capacidad respecto de los testamentos especiales.

Además, debemos advertir que el principio establecido en el artículo 662, que comentamos, debe entenderse en relación con algunas otras prescripciones del Código que afectan á la capacidad para testar. Ejemplo de ello tenemos en el núm. 1.º del artículo 63, que autoriza á la mujer casada para otorgar testamento sin licencia del marido; exceptuando este acto de la vida de todos aquellos que requieren la correspondiente venia marital para su validez y eficacia.

Partiendo el Código de la presunción de la capacidad por razón del principio antes indicado, desde luego se comprende que la prueba de la incapacidad corresponde al actor que la impugna, y así lo tenía declarado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias.

Réstanos indicar que la facultad de testar es personalísima,

no pudiendo autorizarse, por lo tanto, el testamento por comisario, como más adelante expondremos.

Consignadas estas indicaciones, podemos ya pasar al estudio de cada una de las dos incapacidades que en absoluto impiden para testar, que son las únicas de que trata esta sección, según queda ya dicho. Y puesto que por su importancia requiere alguna extensión el examen de las mismas, conviene, para evitar confusiones, que las expongamos separadamente.

§ 1.º

Incapacidad por razón de la edad.

La ley 4.ª, tít. 18, libro 10 de la Novisima Recopilación, que constituía el estado legal vigente á la publicación del Código, exigía, como el Fuero Real, para la testamentifacción activa, la circunstancia de edad legítima. Esta, según la ley 13, título 1.º de la Partida 6.ª, era la de catorce años para los varones y doce para las hembras. El Código ha borrado esa antigua distinción entre los sexos, como en todos los actos jurídicos en que la anterior legislación la reconocía, señalando para ambos la edad de catorce años, como la determinante de la capacidad para testar, igualando así la condición jurídica de los varones y las hembras en este punto, y haciendo más sencillos y armónicos sus preceptos.

Muchos son los autores que han creído encontrar contradicción entre estas disposiciones de la ley y las limitaciones impuestas por la misma á los menores para la disposición de sus bienes para actos entre vivos.

Casi todos los expositores ó comentadores del Código, no sólo señalan esa contradicción, sino que censuran que se haya reducido á tan cortos límites la edad precisa para la plenitud de dicha capacidad, alegando que no existe razón jurídica alguna que justifique el que al menor de veintitrés años se le niegue discernimiento para disponer por acto entre vivos de la más pequeña parte de su fortuna, y en cambio se le conceda la más amplia

facultad para distribuir *mortis causa* la totalidad de sus bienes; pues siendo el acto de testar una verdadera disposición de los bienes, debiera exigirse, en buena lógica, unas mismas condiciones, y, por lo tanto, una misma capacidad, sin distinción alguna, ya se hiciera en testamento, ya en otra forma. Pero al determinar la edad que conceptúan conveniente, difieren notablemente, señalando algunos la de veintitrés años, otros la de diez y ocho, y no falta quien difiere de éstos.

Los que sostienen la primera opinión se fundan en que las diferencias entre las disposiciones *mortis causa* ó *intervivos* no afectan á la capacidad de los otorgantes, y si bien á lo sumo podrían imponer algunas modificaciones puramente formales, son las mismas en uno y otro caso las dificultades para conocer y apreciar las consecuencias de esos actos de la vida, así como los peligros en que puede incurrirse y perjuicios que pueden causarse por la inexperiencia de los otorgantes, deduciendo de esto que una misma debe ser la aptitud y la capacidad, y, por lo tanto, la edad exigida para dichos actos, es decir, la de veintitrés años, fijada para la mayor edad, y con ella para la completa disposición de los bienes.

La pubertad, dicen otros, si bien es un signo de desarrollo físico, no lo es del de la inteligencia, ni menos supone la plenitud de la capacidad para disponer; entendiendo que incurren en error fundamental los Códigos al conceder la testamentifacción activa al que ha llegado á la pubertad, por un excesivo respeto á las tradiciones del romanismo, y sin incurrir en la exageración de reservar dicha testamentifacción para los mayores de edad, estiman preciso aumentar la fijada por el Código para evitar los peligros y explotaciones de que en otro caso podrían ser víctimas los menores. Y faltos de un criterio fijo en este punto, difieren, como antes hemos dicho, en cuanto al límite de dicha edad.

Unos consideran que hubiera sido más propia la de dieciocho años: 1.°, porque entonces se tiene ya idea más clara del acto que se realiza al testar; 2.°, porque hasta esa edad no reputa la

ley, ni aun al emancipado por razón de matrimonio, con capacidad bastante para entrar en la administración de sus bienes; y 3.º, porque á esa edad puede obtenerse el beneficio de la mayor edad y la emancipación por alguna otra de las causas admitidas en derecho; resultando, por lo tanto, la edad citada en armonía con otras disposiciones del Código, que tienen íntima conexión con las relativas á la disposición *mortis causa.*

Otros señalan la de quince años, sin duda en recuerdo de lo dispuesto en el Fuero Juzgo, según el que podían testar los que se hallasen en sana salud desde que llegaren á dicha edad, que era también cuando dejaban de ser menores.

No hemos de insistir más en la exposición de dichas diferencias, que desde luego revelan la falta de un criterio fijo. El Código no ha atendido á la pubertad ni al desarrollo físico, como presunción á su vez del desarrollo intelectual y de la aptitud del testador para conceder á los catorce años la capacidad de testar, sino al precepto terminante de la base décimaquinta de la ley de 11 de Mayo de 1888, que estableció la norma á que había de ajustarse la Comisión redactora del mismo.

En dicha base se ordena que en el tratado de sucesiones se mantuviera en su esencia la legislación á la sazón vigente, entre otras cosas, en lo relativo á la capacidad para disponer y adquirir por testamento; y cumpliendo la Comisión lo dispuesto en la misma, reprodujo el precepto de nuestro antiguo derecho, sin otra diferencia que la desaparición de la distinción fijada de antiguo entre los dos sexos para guardar la debida congruencia con el criterio ya adoptado para la mayor edad y para otros varios actos jurídicos de la vida.

Huelgan, pues, los cargos hechos al Código con ocasión de estos artículos. Podrá discutirse el precepto de la base citada; pero una vez fijada ésta por el legislador, á ella tenía que ajustarse el Código, manteniendo en su esencia la legislación anterior.

Pero aunque no hubiera tenido esta limitación la iniciativa de la Comisión redactora y hubiérase hallado facultada ésta para

establecer un nuevo derecho en la materia, habría mantenido igualmente el mismo criterio, como ya lo sostuvo la Comisión general en pleno en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, porque carecen de sólido fundamento las razones alegadas por los impugnadores del principio aceptado.

La testamentifacción activa no se encuentra, en efecto, en el mismo caso que la disposición de bienes *intervivos*, porque en ella no se trata de crear relaciones juridicas recíprocas entre el heredero y el causante, sino de actos voluntarios que responden, más á los sentimientos del corazón y á los dictados de la conciencia, que á los consejos de la reflexión; y, por lo tanto, no teniendo que quedar obligado el testador por el ordenamiento de su última voluntad, no es necesario para ello que tenga la capacidad y la edad necesarias para obligarse por virtud de contrato.

No surtiendo, además, efecto alguno el testamento hasta después de la muerte del otorgante, no puede inferirse al mismo perjuicio alguno por consecuencia de las disposiciones de dicho acto, y no hay razón alguna para impedirle, á título de evitar imaginarios perjuicios, el que pueda dar satisfacción á legítimos y apremiantes impulsos que la ley no puede menos de respetar. Y si esa edad ha sido considerada suficiente para atribuir la capacidad necesaria para el acto más importante y trascendental de la vida, como es el matrimonio, y hasta para asistir y ser oído en el consejo de familia, según el art 308, resultaría una inconsecuencia notoria si el legislador no la estimase bastante para otros actos de menos importancia y trascendencia. Por eso todas las legislaciones han anticipado la testamentifacción activa á la mayor edad.

Dícese que en tan temprana edad no tiene el menor el discernimiento preciso para apreciar y aquilatar las afecciones que le ligan á la vida y los fines á que obedece la testamentifacción activa, ni la libertad necesaria para librarse de las sugestiones á que se halla expuesto; pero el legislador, á la vez, ha adoptado las precauciones convenientes, las solemnidades y garantías más eficaces que hacen alejar el temor de tales inconvenientes, hasta

el punto de que para el testamento ológrafo, único en que podrían surgir esos peligros, ha consignado un principio distinto, exigiendo la mayor edad para poder testar en dicha forma, como previene el art. 688.

De lo dicho resulta que la primera condición indispensable para la testamentifacción activa, ó sea para la capacidad para testar, es la de tener *la edad competente*, como ha dicho un autor, siendo ésta la de catorce años, lo mismo para los varones que para las hembras. El que reuna dicho requisito y goce además de la integridad de sus facultades intelectuales, podrá otorgar testamento, á excepción del ológrafo, si no llegare á la mayor edad. Por el contrario, el menor de catorce años, cualquiera que sea el estado de su inteligencia, no podrá disponer *mortis causa* en forma alguna.

El núm. 1.º del art. 663 debe entenderse en relación con el 668; y, en su virtud, podemos establecer como conclusión, que tienen incapacidad para testar por razón de la edad: 1.º, los menores de catorce años, de uno y otro sexo; y 2.º, los mayores de dicha edad y menores de veintitrés años, única y exclusivamente respecto del testamento ológrafo; siendo, por lo tanto, la primera una incapacidad absoluta, y relativa la segunda, como limitada á esa forma especial de testar.

Réstanos examinar una cuestión que, al llegar á este punto, plantean casi todos los comentaristas y expositores, y que creemos fácilmente resuelta por los principios generales del Código.

Fijada la edad de los catorce años para adquirir la capacidad de testar, ¿cómo ha contarse dicho tiempo? Para el cómputo de la edad exigida, ¿han de contarse los años de momento á momento, y, por lo tanto, no ha de considerarse con capacidad suficiente sino al que tenga los catorce años cumplidos, ó debe contarse por días naturales y basta que haya entrado en el último del año décimocuarto? La cuestión es de transcendencia, pues pueden prasentarse multitud de casos en que la validez ó nulidad del testamento dependa del sistema que se adopte para hacer dicha computación.

El derecho romano seguía la máxima: *dies cœptus pro completo habetur*, no siendo necesario esperar á que llegase la hora del nacimiento para considerar cumplidos los catorce años, sino que bastaba que hubiera comenzado el día en que cumpliera dicha edad, según dice Savigny, interpretando la ley 5.ª, tít. 1.º, libro 28 del Digesto.

Nuestro Código, por el contrario, y lo mismo la legislación anterior, han seguido el sistema opuesto, haciendo la computación de momento á momento, como dijimos respecto de la mayor edad al ocuparnos del art. 320, siendo extensiva dicha regla para todos los actos de la vida civil, á cuyo efecto ha de consignarse en el Registro del estado civil la hora del nacimiento, conforme al núm. 3.º del art. 48 de la ley de 17 de Junio de 1870, declarada subsistente en el art. 332 del Código.

El nacimiento determina la personalidad civil, según el artículo 29 de éste, y desde ese momento ha de partirse en el cómputo de la edad requerida para la testamentifacción activa. Por lo tanto, será incapaz para testar el que habiendo entrado en el último día del año décimocuarto, no hubiera llegado á completarle, contado de momento á momento.

Con arreglo al derecho romano, podía sostenerse que no tenía capacidad para testar el hijo, aun mayor de catorce años, sujeto á la patria potestad. Pero como en ese derecho, la madre carecía de potestad sobre sus hijos, el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Noviembre de 1907, declara que en Cataluña es válido el testamento hecho por un mayor de catorce años sujeto á la potestad de su madre, puesto que muerto el padre, no puede considerarse aplicable en dicha región el derecho romano, sino las leyes generales del país.

§ 2.º

Incapacidad por razón de demencia.

Hemos dicho antes que la segunda condición exigida por todos los Códigos como precisa para la capacidad de testar, es que el

sujeto de ella se halle en perfecta libertad moral, y que esa condición podría ser estorbada ó limitada por la falta del juicio necesario para la libre y consciente determinación de la voluntad; y en efecto, siendo hijo de la voluntad y de la inteligencia el testamento, desde luego se comprende que el que carezca de dicha inteligencia no se halla en condiciones de poder testar.

No hemos de reproducir aquí todo lo que los autores, al tratar de la incapacidad por demencia, han expuesto acerca de las múltiples y variadas fases que presenta el juicio humano, ni los diversos estados que puede recorrer desde el de sanidad al de locura, ni sobre las dificultades que ofrece aún la ciencia para conocer y apreciar con exactitud el grado de capacidad de una persona. Sabido es nuestro propósito de huir en estos comentarios de todo aquello que pudiera parecer vano alarde de erudición, limitando únicamente nuestro trabajo á allegar los medios necesarios para adquirir la exacta inteligencia en las prescripciones del Código; pero no estarán demás algunas ligerísimas indicaciones acerca de tan compleja cuestión, para que con mayor facilidad pueda comprenderse el espíritu y el alcance del precepto contenido en el núm. 2.º del art. 663.

Todos los alienistas y cuantos escritores de esta rama de las ciencias médicas se ocupan, distinguen numerosas gradaciones en la locura é imbecilidad, llegando algunos, como Casper, en ese lujo de clasificación y de detalles, hasta admitir 60 y 80 estados distintos, cuya exposición resulta innecesaria.

De aquí la confusión y la duda que en la generalidad de los tratadistas se observa al determinar los límites del sano juicio y el punto de partida de esta incapacidad, habiendo algunos que consideran causa suficiente de la misma, no sólo la locura y la imbecilidad, sino hasta aquellas otras afecciones ó dolencias que momentáneamente perturban ó velan la inteligencia, como la mera monomanía, el sonambulismo, la epilepsia, la embriaguez, la sugestión, la cólera y los diversos estados pasionales que más ó menos violentamente privan de la necesaria libertad á la voluntad humana.

Si las pasiones, ha dicho Vitali, fueran de tal intensidad que realmente perturbasen la inteligencia ó fueran debidas á manejos de otros para conseguir la institución de heredero, el testamento en ese caso debería ser invalidado. Goyena, en nuestra patria, y Dalloz, en Francia, han sostenido también la nulidad del testamento otorgado en estado de embriaguez. Otros varios autores pudiéramos mencionar que sostienen la nulidad de las disposiciones hechas por los que padecen esas otras afecciones que hemos citado, verdaderos desarreglos de los centros nerviosos, que si bien no constituyen una completa perturbación cerebral, dan lugar á *una vehementísima presunción de incapacidad mental*, como ha dicho el Sr. Sánchez Román. Y hasta tal punto se ha llevado la controversia, que se ha discutido también la validez del testamento del suicida y aun del otorgado en la última enfermedad, por el temor de que en tales casos pudieran quedar tan amortiguadas las facultades anímicas del testador, que no tuviera la libertad necesaria para la consciente determinación de su voluntad; habiendo sido resueltas ambas cuestiones en sentido contrario á la pretendida nulidad, la primera por la jurisprudencia francesa, y la segunda por Matienzo, Gómez y algunos otros tratadistas.

Las leyes de Partida, que constituían la legislación vigente á la publicación del Código, llevadas de su espíritu casuístico, emplearon distintas denominaciones para determinar las diversas gradaciones de la locura é imbecilidad, como salido de memoria, fuera de seso, desmemoriado, furioso, etc., y para evitar las dudas y controversias que acerca de su inteligencia se suscitaban, se procuró comprender en una fórmula sintética, breve y sencilla, todos esos estados de la inteligencia que constituyen verdadera perturbación mental, ya sea ésta habitual ó permanente, ya meramente accidental y pasajera, estableciéndose, con tal objeto, que está incapacitado para testar el que habitual ó accidentalmente no se hallare en *su cabal juicio*.

Por algunos se ha creído que al hablar el Código de las personas que no se hallan en *su cabal juicio,* se refiere tan sólo á los

locos, es decir, á aquéllos, como decía Escriche, cuya inteligencia, después de haberse desenvuelto, se hubiere turbado, debilitado ó extinguido; prescindiendo de los que adolecen de imbecilidad é idiotismo, es decir, de aquéllos cuya inteligencia no hubiere podido desenvolverse por lesión orgánica, por debilidad ó por cualquiera otra causa: estado que necesariamente tiene que producir una incapacidad mental absoluta por la carencia completa de la razón, y, por lo tanto, de la conciencia del bien y del mal. Pero desde luego, y sin esfuerzo alguno, se comprende que, tanto por los términos en que se halla concebido, como por la razón á que obedece, dicho precepto alcanza á todas aquellas perturbaciones cerebrales que menoscaban la inteligencia.

No es necesario justificar dicha disposición, pues si para el ejercicio de un derecho ó para la ejecución de un acto civil se requiere discernimiento, esto será también una condición indispensable de la testamentifacción activa. Así es que este precepto ha tenido sanción en todas las legislaciones.

La cuestión donde surge verdaderamente es en la práctica, al decidir si una persona está ó no en su cabal juicio. Como ese estado puramente subjetivo no puede evidenciarse siempre por los actos externos del individuo, ni menos apercibirse fácilmente por los sentidos externos, sino por la experimentación ó la observación científica, el Código ha prescindido de toda determinación en ese punto, y estableciendo el principio general indicado, deja para el resultado de las pruebas que sobre ello se practiquen la apreciación en cada caso de la capacidad ó incapacidad. Por lo tanto, los tribunales, con vista de las pruebas que se suministren, y no la ley, son los llamados á declarar la incapacidad, y por consecuencia de ella, la nulidad del testamento impugnado por tal defecto.

Dos eran los sistemas que el Código podía haber seguido, á saber: ó presumir, por regla general, la sanidad de juicio mientras no se probase lo contrario, ó estimar enferma la inteligencia, ínterin no resultase haber obrado en estado de sanidad ó de lucidez. Según el primero, debía declararse válido el testamento

hecho en todo caso, sin perjuicio de la prueba en contrario. Según el segundo, había que considerarle nulo, por suponerle hecho en demencia mientras no se probase otra cosa.

El Código ha seguido el primero como el más racional, y no puede menos de conocerse el acierto con que ha procedido aceptando el principio de que la sanidad de juicio se presume siempre en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, mientras no se demuestre y justifique lo contrario por aquél á quien competa; pues en el entretanto, constituye una verdadera garantía de la capacidad del otorgante la intervención del notario y de los testigos por el conocimiento que de ella tengan.

Por lo demás, el precepto del núm. 2.° del art 663 que establece esta incapacidad, se halla concebido en términos tan amplios, que dentro de ellos están comprendidas todas aquellas causas de perturbación mental que real y positivamente, y sin género alguno de duda, contribuyan á impedir ó á mermar la lucidez de la inteligencia y á producir, por lo tanto, la falta del cabal juicio.

§ 3.°

Precedentes y concordancias.

El art. 662 tiene sus precedentes históricos en la ley 13, título 1.° de la Partida 6.ª, que, como tenemos ya dicho, estableció casi en idénticos términos el mismo principio que el artículo mencionado, y en otras varias de la Novísima Recopilación, que derogando determinadas incapacidades introducidas en nuestro antiguo derecho por el influjo que en el mismo tuvo la legislación romana, concedieron en algunos casos la capacidad para testar á los que hasta entonces habían estado privados de ella.

En este caso se encuentra la ley 3.ª, del tít. 18, libro 10 de dicha Recopilación que autorizó á los condenados á muerte natural ó civil para hacer testamento, codicilo ó cualquiera otra última voluntad, bien por sí ó por medio de comisario, pudiendo disponer de todos sus bienes, excepto aquellos que hubiesen sido

confiscados ó debieran serlo, ó hubieran de aplicarse á la Cámara Real ó á alguna otra persona.

También merece en tal concepto citarse la ley 4.ª del mismo título y libro, por virtud de la cual desapareció la prohibición, de origen romano, que para testar tenían los hijos sometidos á la patria potestad.

En cuanto á los religiosos profesos, puede encontrarse un precedente á la capacidad hoy concedida, en la ley 11, tít. 6.º, libro 3.º del Fuero Real, si bien la facultad que en dicha ley se les concedía para disponer de todos sus bienes se limitó á un año después de su ingreso en la orden, como indicamos en la reseña histórica con que encabezamos la introducción á este título, en la cual pueden verse las modificaciones sucesivas que sufrió dicha capacidad hasta el estado legal vigente á la publicación del Código.

Análogos preceptos proponían los proyectos de 1851 y 1882, y comparado dicho artículo con los correspondientes de las legislaciones extranjeras, observamos que es exactamente igual al 1763 del de Portugal; que en su esencia es idéntico al 762 del de Italia, y que concuerda además con el 902 del de Francia y de Bélgica, 794 del de Guatemala, 3606 del de la República Argentina, 3412 del de Méjico, 3275 del de Baja California y algunos otros.

El art. 663 tiene á su vez precedentes históricos, en cuanto á la incapacidad por razón de la edad, también en la ley 13, título 1.º de la Partida 6.ª, que reprodujo el precepto de la 5.ª, título 1.º, libro 28 del Digesto, estableciendo la edad de catorce años para los varones y la de doce para las hembras: distinción que se mantuvo siempre en nuestro derecho y aun en el proyecto de 1851.

El Fuero Juzgo, sin embargo, en la ley 10, tít. 5.º del libro 2.º, autorizaba al mayor de diez años indistintamente para testar en caso de enfermedad ó por miedo de muerte.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 600, reprodujo la doctrina romana y el derecho patrio; y el de 1882, en el 736,

igualó la condición de los varones y las hembras, pero elevando á los diez y seis años la edad para la capacidad de testar.

Comparado nuestro Código en este punto con las diversas legislaciones extranjeras, resulta que la generalidad de ellas han ampliado los límites de dicha incapacidad, señalando mayor edad para la testamentifacción activa.

En este caso se encuentra el Código italiano (art. 763), el de Holanda (art. 944), el de Austria (art. 569), el de la República Argentina (art. 3614) y algunos otros, los cuales exigen la edad de diez y ocho años para poder testar. Otros, como el sardo ó napolitano (art. 701), y el de Luisiana (art. 1462) conceden dicha facultad á los diez y seis años, sin limitación alguna respecto de los bienes que hayan de transmitirse *mortis causa*. El código francés (art. 904), si bien señala también los diez y seis años, limita, sin embargo, dicha facultad hasta la mitad de los bienes de que puede disponer el mayor de edad; y por último, algún otro fija la edad de diez y siete años para dicha capacidad.

Nuestro Código concuerda, en cuanto á la incapacidad citada, con el 1764 del de Portugal, 794 del de Guatemala, 793 del del Uruguay, 3413 del de Méjico, 1005 del de Chile, 1061 del de Colombia y 911 del de Veracruz, si bien en algunos de ellos se establece la distinción entre los sexos, fijándose los catorce años para los varones y los doce para las hembras.

En cuanto á la incapacidad por demencia, encontramos también diversos precedentes en nuestro antiguo derecho, entre ellos la ley 10, tít. 5.º, libro 2.º, del Fuero Juzgo; la 5.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, y la 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª, ya citada.

Merecen especial mención las leyes 1.ª y 6.ª del tít. 2.º, libro 5.º del Fuero Viejo, que sólo permitían disponer del quinto de sus bienes al que estuviere enfermo y en peligro de muerte, en cuyas leyes se fundan algunos para sostener la escasa fuerza que debe merecer el testamento hecho en la última enfermedad ó momentos antes del fallecimiento.

El proyecto de 1851 en su art. 600, y el de 1882 en el 737, contenían preceptos análogos en su esencia, y siendo dicha incapacidad un principio de derecho natural, se halla reconocida en todas las legislaciones, y no necesitamos detenernos por su misma generalidad á exponer las concordancias respectivas.

§ 4.º

Capacidad para testar con arreglo á la legislación foral.

La importancia que tiene la materia de sucesiones, y dentro de ella la relativa á la capacidad para testar, nos obliga á ampliar las precedentes indicaciones con la exposición de las reglas que rigen la testamentifacción activa, tanto en Cataluña como en Aragón y Navarra, pues en los demás territorios regidos por legislaciones especiales, en unos, como Vizcaya, no existe disposición alguna acerca de la capacidad para otorgar testamento y hay que estar al derecho común, y en otros no existe diferencia alguna en cuanto á este extremo.

Esta pluralidad de legislaciones, mantenida por el Código, puede dar lugar á frecuente aplicación de los preceptos forales, toda vez que, con arreglo á los arts. 12 y 14, ha de regirse por dichas especiales legislaciones la capacidad legal de los testadores; y observándose algunas diferencias en ellas en cuanto á la testamentifacción activa, conviene consignarlas por separado.

CATALUÑA.—Pueden hacer testamento todos los que, habiendo llegado á la pubertad y hallándose en completo y cabal juicio, no tuvieren ninguno de los impedimentos reconocidos por la ley; pero es de advertir que los hijos de familia no pueden hacer testamento, á no ser que dispongan solamente de sus bienes *castrenses* y *cuasicastrenses*; y hasta tal punto se lleva este criterio en dicha legislación, que el testamento hecho por una persona *sui juris*, queda nulo si pierde dicha condición por la adopción. Esto no obstante, dicho testamento recobraría su primitiva fuerza y valor, si antes de la muerte del testador volvie-

ra éste á adquirir su cualidad de padre de familia, mientras no constase su voluntad en contrario (1).

Los faltos de juicio no pueden testar sino en los intervalos en que tuviesen clara razón; pero, según ha declarado la jurisprudencia, para poder aplicar la doctrina de que el testamento del que padece demencia algún tiempo, se presume hecho en dicho estado mientras no se justifique lo contrario, es preciso que conste que el estado habitual del testador era el de demencia.

También tienen incapacidad los declarados pródigos (2) y los sordomudos que no supieren escribir (3).

Los condenados á muerte tampoco podían hacer testamento (4), pero se les permitía disponer de una parte de las limosnas que en favor de los mismos se recogen al tiempo de estar en capilla (5). Esto no obstante, el que hubiera sido preso por un delito á que la ley impusiera la pena capital, podía testar, y éste era válido si fallecía antes de haber sido condenado (6), y quedaba rehabilitado aunque recayera después dicha condena, si ésta no se llevó á efecto por haber sido indultado (7).

El que hubiere contraído matrimonio incestuoso tampoco puede testar, á no ser que disponga en favor de sus próximos parientes. Los herejes y apóstatas tenían también incapacidad para testar, según dicha legislación, hasta que se promulgó la Constitución del Estado de 1869 estableciendo la libertad de cultos; pero para que esta incapacidad surtiera sus efectos era necesario que el hereje hubiese sido declarado tal por sentencia del juez competente, según se halla declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de Marzo da 1861.

No concurriendo ninguna de dichas incapacidades en el tes-

---

(1) *Instit.* § 6, *quib. mod. testam. infir.* L. *pen.*, § 2, D. *de bon. poss. sec. tab.*

(2) L. 18, D. *qui ted. fac. poss.*

(3) L. 7, D. *ibid.* L. 10, Cód. *ibid.*

(4) L. 8, § *fin.* D. *qui test. fat. poss.* L. 13, § 2, *ibid.*

(5) Véase la Real orden citada por Vives, tomo 2.°, pág. 278.

(6) L. 9, D. *qui test. fac. poss.*

(7) L. 6, párrafo *pen.* D. *inj. rup. irrit. fac.*

tador, puede éste hacer testamento desde que llegare á la pubertad, hallándose reconocido expresamente por la ley 5.ª, D. *qui test. fac. poss.*, tantas veces citada, la validez del que fuere hecho en el mismo día en que el varón cumpliera los catorce años y la mujer los doce.

Aunque en Cataluña existe el testamento llamado de los impúberes, no quiere decir esto que tengan capacidad para testar dichos menores, sino que se entiende por tal el que el padre ó el abuelo hace por el hijo ó nieto impúber que se hallare en su potestad.

El derecho romano reguló dicha clase de testamentos, concediéndose esa facultad á los padres en la Instituta, tít. 16, libro 9.º, y en el Digesto, ley 2.ª, tít. 6.º, libro 28, donde se establece para la validez del testamento que el padre que testa por su hijo, haga también testamento por sí, siendo nulo el del impúber si lo fuera el del padre, excepto en el caso de que la nulidad de éste se fundase en la preterición ó desheredación sin causa justa; pues en dicho caso subsiste el testamento del hijo. Lo mismo sucede en el caso de que siendo instituído el hijo en el testamento del padre, no aceptare la herencia, en cuyo caso se entiende separada dicha herencia de la del hijo, y el heredero de éste quedará únicamente obligado á las cargas y obligaciones de su causante, según las leyes 22, tít. 2.º, libro 29, y 44, título 1.º, libro 42, ambas del Digesto.

Como el derecho romano es el que con raras excepciones rige en Cataluña, fué también en ella aceptada dicha clase de testamento, y en él puede el padre testador excluir á la madre del impúber de su porción legítima, según el párrafo 5.º de la ley 6.ª, título 2.º, libro 5.º del Digesto; pero por la ley 3.ª, tít. 2.º, libro 6.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, tiene el padre la obligación de disponer de los bienes del impúber de la procedencia de la madre á favor de los parientes de ésta dentro del cuarto grado.

El adoptante puede otorgar también testamento por el adoptado impúber; pero sólo podrá instituir heredero en aquellos bie-

nes que dicho menor hubiere recibido de él ó de sus parientes por su causa.

Es costumbre frecuentemente observada en Cataluña, que los maridos concedan á sus consortes la elección de heredero, nombrándolas á ellas por herederas durante su vida, con la obligación de disponer de los bienes del testador entre los hijos comunes de ambos, y con la facultad de instituir por heredero del testador á aquel de dichos hijos que mejor le pareciere, con los vínculos, pactos y condiciones que quisiere, disponiéndose además por el otorgante respecto de la distribución de sus bienes, para el caso de que la mujer muriese sin hacer tal elección; cuya costumbre ha sido admitida y sancionada por el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de Diciembre de 1862, 22 de Octubre de 1864 y 30 de Junio de 1866.

Una vez hecha la elección en documento solemne, no puede dejar de producir todos sus efectos, ni ser revocada por quien la llevó á cabo, y sin que ese heredamiento pueda tener el carácter de donación, sino que ha de considerarse como parte integrante del testamento.

Réstanos indicar que el testamento otorgado por una persona capaz, no se anula aunque después sobrevenga alguna causa de incapacidad; y á su vez, el que fuere nulo por incapacidad del testador al tiempo de su otorgamiento, no quedará revalidado aunque después cese dicha incapacidad.

ARAGÓN.—Las disposiciones relativas á la capacidad para testar que rigen en Aragón, difieren muy poco de las establecidas por el Código en los dos artículos que comentamos, si bien se consignan en los Fueros, sin orden y sin consideración á principio alguno fundamental, tanto las personas capaces, como aquellas á quienes se niega dicha capacidad.

Examinadas en conjunto dichas disposiciones, resulta que tienen capacidad para testar: 1.°, los mayores de catorce años, sean varones ó hembras, padres ó hijos de familia, en el concepto jurídico de dichos términos; 2.°, los locos en los momentos lúcidos que tuvieren; 3.°, los ciegos, sordomudos y los pródigos

que no fueren insensatos, siempre que unos y otros puedan manifestar de algún modo su voluntad; 4.°, los clérigos seculares respecto á todos sus bienes sin distinción; y 5.°, los religiosos que por efecto de la exclaustración recobraron su estado civil jurídico.

Antes de la publicación del Código tenía también capacidad para disponer *mortis causa* la menor de catorce años y mayor de doce, en armonía con la doctrina establecida por el derecho común, toda vez que por no haber precepto expreso en contrario en los Fueros, había de regir aquél como supletorio en dicho caso. Pero á partir de la promulgación del Código y por virtud del mismo art. 13, no puede tener aplicación nuestro derecho antiguo en tal concepto, y por lo tanto, no es posible ya reconocer dicha capacidad.

Son, á su vez, incapaces: 1.°, el menor de catorce años, sin distinción de sexo; y 2.°, el loco, el insensato y todo aquel que adolezca de vicio que turbe la razón, á no ser que hubiere obrado en un intervalo de lucidez; pudiendo presentar el que alegue la nulidad por demencia, á más del testimonio de los testigos y del notario que intervinieron en el testamento, el de cualesquiera otros (1).

En contra de lo establecido en el Código, el marido y la mujer pueden otorgar testamento de *mancomún* con arreglo á la Observancia 1.ª, *De testamentis,* y sus formalidades externas no se diferencian de las de los demás testamentos, excepto en cuanto á la revocación, que debe ser de mutuo acuerdo; y si alguno de los cónyuges hizo testamento por los dos, y el otro consintió dicha disposición, no puede separarse de ella sin el concurso del otorgante. Sin embargo, el cónyuge superviviente puede modificar su voluntad en uno y otro caso, pero tan sólo en cuanto á sus bienes.

Respecto al testamento por comisario, están en discordancia los tratadistas respecto á su subsistencia. Algunos como Sessé

---

(1) Observancia 11, *De probat.*

y Franco y Guillén, entienden que es práctica observada en Aragón, que el testador puede encargar á una tercera persona la confección del testamento, fundándose en el *Instrum. Stamus Chartæ*, pero como esto se halla en oposición con el art. 670 del Código, el cual rige en Aragón en cuanto no sea contrario á sus disposiciones forales ó consuetudinarias vigentes á la publicación del mismo, según el art. 13 ya citado, será preciso que se pruebe en la forma correspondiente que dicha costumbre estaba admitida y en vigor en dicha época, para que se estime válido el testamento hecho por medio de comisario después de promulgado el Código.

Otros entienden que dicho testamento debería ser declarado nulo, porque la doctrina sostenida por los tratadistas mencionados no pasa de ser una opinión que no tiene apoyo en ninguna disposición del Fuero ni de las Observancias que ratifique las antiguas costumbres aragonesas. Pero dejando á salvo dicho artículo 13 las disposiciones *consuetudinarias,* la resolución de la cuestión que se promoviere sobre nulidad del testamento otorgado en dichas condiciones tiene que depender de la prueba que se hiciere de la subsistencia de dicha costumbre, pues como dijimos al comentar el expresado artículo, no se ha hecho otra cosa respecto á Aragón que prescindir de todo derecho supletorio que no sea el Código civil, y por lo tanto, en el orden de prelación de las fuentes legislativas, en el orden civil hay que estar á la costumbre antes que al Código, como parte integrante que es de dicha legislación, á falta de precepto expreso en los cuerpos legales que dejamos citados al folio 108 del tomo 1.º de esta obra.

Aunque más que con la capacidad, se relaciona con las formas en que puede hacerse uso de la testamentifacción activa, no debemos dejar de consignar una especialidad de dicha legislación, según la que, por costumbre también, pueden los enfermos del hospital de Nuestra Señora de Gracia, de Zaragoza, hacer testamento abierto ante un capellán del establecimiento y dos testigos, cuyo testamento surte todos sus efectos, según opinión de Portolés y Lissa.

NAVARRA.—En Navarra rige también el principio de que pueden testar todos los que no tuvieren prohibición para ello, y, por lo tanto, hay que proceder igualmente por el método de eliminación, como en el derecho común, para poder deducir quién tiene capacidad para la testamentifacción activa.

Según el Fuero, podía testar el mayor de siete años; pero en el Amejoramiento del mismo se restringió la capacidad concediéndola tan sólo al varón que tuviere catorce años cumplidos y á la mujer que hubiere cumplido los doce años, pudiendo uno y otro disponer libremente de todos sus bienes, sin que hubiera de tenerse en cuenta la clasificación de los mismos por razón de peculio y sin necesidad de licencia ni dependencia de sus padres.

Tienen incapacidad: 1.º, el varón menor de catorce años y la hembra menor de doce; 2.º, el loco, fuera de los intervalos lúcidos, el imbécil y todos los que por cualquier causa se hallen privados de la inteligencia; 3.º, el sordomudo que no supiere ó no pudiere escribir, pues si supiere hacerlo, podría hacer testamento escribiéndolo por sí mismo; 4.º, el pródigo que judicialmente hubiere sido declarado incapacitado para administrar sus bienes.

También sostienen algunos que se halla incapacitado para testar el condenado á muerte, civil ó natural, toda vez que la ley 4.ª de Toro, en que se derogó esa incapacidad de nuestro primitivo derecho, no es aplicable á Navarra, por regir en dicho país, como derecho supletorio, el romano, y no el común, y á las prescripciones de aquél hay que estar, en razón á no existir precepto alguno relativo á este punto en la legislación especial.

ARTÍCULO 664

El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

El precepto de este artículo es una lógica consecuencia del principio adoptado por el Código, según indicamos al ocuparnos

de la incapacidad por razón de demencia, pues partiendo la ley de que todo testador se halla en estado de sanidad de juicio ó en la integridad de su inteligencia, en tanto que no se pruebe lo contrario, es de todo punto preciso é indispensable que se considere como válido el testamento otorgado por persona capaz al tiempo de su otorgamiento, aunque después incurra en demencia el otorgante; pues ni la incapacidad tiene efecto retroactivo, ni puede extendese á los actos anteriores.

El mero buen sentido basta para comprender la razón legal y el sólido fundamento de este artículo, cuyo precepto no puede ser más racional y sencillo.

En efecto: la plenitud de juicio en el testador, cuando la exige la ley y cuando la requiere la propia naturaleza del acto jurídico constituído por el testamento, es en el momento de ser otorgado éste y no en el del fallecimiento; pues si bien hasta entonces no se transmiten los derechos y obligaciones propios de la sucesión, ésta queda deferida por el hecho del testamento, y entonces es cuando son precisas la capacidad y la aptitud necesarias para la libre y consciente determinación de la voluntad.

Hecho el testamento en estas condiciones, es decir, no existiendo á la sazón de su otorgamiento la pérdida habitual ó accidental de la razón ó del cabal juicio, como dice el art. 663, desaparece la causa que según éste, impide el ejercicio de la testamentifacción activa, y todos los trastornos que con posterioridad á dicho acto sufriere el testador, ya en su inteligencia, ya en su voluntad, no pueden influir en la validez de la disposición que quedó hecha y ultimada antes de presentarse esos fenómenos mentales determinadores de la incapacidad.

Algunos de los comentadores del Código han llegado á considerar realmente innecesario este artículo, fundándose en que el testador que aun no ha caído en el estado de enajenación mental no es loco, y, por lo tanto, si pasa de los catorce años, hay que reconocerle con capacidad, según la regla general consignada en el art. 662, en relación con el núm. 1.º del 663; pero aunque parezca inútil dicho precepto, desde luego se comprende la conve-

niencia de su establecimiento, como se consignaba en nuestro antiguo derecho (1), y aun en la legislación romana (2), para evitar dudas y cuestiones que hicieron precisa su adopción.

La circunstancia de emplear en este artículo el Código términos distintos de los usados en el 663 para determinar la incapacidad por demencia, ha suscitado dudas á alguno de los expositores del mismo acerca de la inteligencia de su precepto; pero la mera observación del enlace que entre sí tienen dichos artículos, hace desaparecer toda duda y convence desde luego de la falta de razón con que se ha creído por algunos que podía referirse el Código á distintos estados en uno y otro.

Ante la multitud de fases que puede revestir la perturbación de las facultades intelectuales, se hizo preciso adoptar una fórmula sintética, breve, y á la vez lo suficientemente amplia para abarcar dentro de sus términos todos esos diversos estados, para consignar la incapacidad determinada por tal motivo, y con gran propiedad se refirieron los autores del Código al *cabal juicio* del testador, porque todas las alteraciones cerebrales que pueden dar origen á dicha incapacidad merman la razón, y por lo tanto, el juicio, y en la falta de su integridad se hallan comprendidas todas las gradaciones que pueden observarse en la perturbación de la razón. Pero una vez definida en dicho art. 663 con los términos indicados la causa de esta incapacidad, no tuvo ya necesidad de repetirla el Código, bastándole referirse á ella al hablar de la enajenación mental.

El artículo que comentamos se halla en relación con los preceptos del anterior, relativos á la incapacidad por demencia, y refiriéndose al sentido consignado en el mismo respecto de la enajenación mental, deben entenderse dentro de este concepto todas aquellas perturbaciones cerebrales que dan lugar á la pérdida de la razón ó del juicio.

Sin embargo, no debe aplicarse el precepto que examinamos

(1) La ley 13, tít. 1.°, Partida 6.ª, y ley 6.ª, tít. 5.°, libro 3.° del Fuero Real.

(2) Ley 1.ª, tít. 11, libro 37 del Digesto.

á aquellos que por las condiciones de su naturaleza, han nacido sin inteligencia ó sin que ésta haya podido desarrollarse, y que por sus circunstancias no pueden adquirirla en tiempo alguno, pues como en ellos no caben esas alternativas de la razón y de la demencia, no es posible suponerles en caso alguno con aptitud para testar, y el testamento que hicieren, será nulo, cualquiera que sea el tiempo en que le otorgaren, siempre que se probare debidamente hallarse el testador en dicho estado.

Como dentro de los términos (*los que no se hallaren en su cabal juicio*) usados por el art. 663, se comprenden lo mismo los que, disfrutando de inteligencia, la hubieren perdido total ó parcialmente, como los que nunca la han tenido por las condiciones de su naturaleza ó por otras causas, al hablar el Código en este artículo del testamento otorgado por el que, hallándose á la sazón en sanidad de juicio, incidió después en demencia, no podía emplear la misma locución para evitar las dudas y confusiones que en otro caso pudieran suscitarse.

Por eso, en lugar de dichos términos, usó el de enajenación mental, sin que por eso deba entenderse, como dejamos dicho, que se refiere á estados distintos de los que determinan la demencia, según el art. 663 citado.

El derecho romano sustentaba igual principio en la ley 1.ª, tít. 11, libro 37 del Digesto, párrafo 9.º, de cuya disposición parece exacta reproducción el precepto de este artículo, y de acuerdo con él han estado siempre todas las legislaciones y la jurisprudencia de los Tribunales.

Según hemos dicho ya, tiene también sus precedentes históricos dicho artículo en el derecho patrio, en la ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y en la ley 6.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real; y concuerda además con el 738 del proyecto de 1882 con el 3414 del Código de Méjico, con el 763 del de Italia, el 3077 del de la Baja California, 795 del de Guatemala y el 1006 del de Chile, el cual amplía la doctrina consignada en el nuestro, diciendo, como en algunas de las legislaciones forales hemos visto, que «el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas

de inhabilidad expresadas en su artículo anterior (entre las cuales figura con el núm. 4 el que no estuviere en su sano juicio por ebriedad ú otra causa), es nulo aunque posteriormente deje de existir la causa, y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por sobrevenir después algunas de estas causas de inhabilidad.»

Réstanos indicar para dar por terminado su estudio, que este artículo se halla en relación con el 666, que completa su precepto, y al comentario de éste nos remitimos como ampliación del presente.

ARTÍCULO 665

Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.

Al comentar los artículos 662 y 663, dijimos que una de las incapacidades que impiden la testamentifacción activa traía su origen del estado de demencia del testador, y bajo dicha denominación comprendimos todas aquellas enfermedades y afecciones que contribuyen á menoscabar la integridad del juicio.

A este mismo concepto se refiere el presente articulo, al hablar del *demente,* toda vez que su precepto no es más que una consecuencia del principio general establecido en el núm. 2.° del 663, y, por lo tanto, con arreglo á él, bajo dicha denominación, debe entenderse comprendido todo aquel que no se hallare en su cabal juicio.

Esto, no obstante, los que por defecto de su naturaleza ó por otras causas nacieron sin inteligencia y en condiciones de no adquirirla nunca mientras vivan, éstos no pueden tener momentos ó intervalos lúcidos, por estar privados totalmente de razón di-

chos desgraciados, y no debe, por lo tanto, considerarse aplicable á ellos el precepto de este artículo.

Cuanto expusimos al ocuparnos del anterior para explicar la diversidad de términos usados por el Código al tratar de la incapacidad por razón de demencia, debe tenerse por reproducido aquí, y en su virtud, no es posible suponer que el legislador haya querido referirse á estados distintos de los varios porque puede pasar el que no está en el pleno uso de sus facultades intelectuales.

Usada la denominación *demente* en este artículo en su concepto genérico, debe extenderse el mismo, así como la enajenación mental de que habla el art. 664, á todas las clases de locuras en sus diversos accidentes y manifestaciones, entendiéndose incluída en dicha denominación, no sólo la pérdida completa de la razón, sino también la monomanía, la locura tranquila y la delirante, la intermitente y parcial, el furor, el idiotismo, la parálisis, y todos los demás estados que limitan el cabal juicio, de los cuales se ocupan con la debida extensión y justa competencia, Briand, Bonis, Casper, Troplong, Devergie, Lehile y otros.

Se ha creído por algunos que la monomanía no hace al hombre incapaz, sino en cuanto se relaciona á la parte atacada de su inteligencia, y que fuera de ella todos sus actos son razonables y deben de ser juzgados como de una persona en completo juicio; pero no es generalmente aceptada esa teoría de la divisibilidad de la razón, sino que, por el contrario, son muchos los que estiman que, siendo una la razón humana, no es susceptible de división, y como dice un autor, cuando la locura se apodera de ella, aunque parezca circunscrita á un asunto dominante, se ve siempre en la misma indicios ciertos de una perturbación mental, que dirige todas sus acciones sin darse cuenta de ello.

Por eso el criterio de los Tribunales ha sido siempre considerar incapaz al monomaniaco ó al que padece locura parcial, lo mismo que al que padece locura completa, y debe incluírsele en la denominación de demencia.

Conviene dejar esclarecida dicha inteligencia, porque precisamente esa diversidad de términos y la circunstancia de hablar este artículo sólo del demente, ha hecho presumir á más de un comentarista si su precepto se limitaría tan sólo á los que tienen totalmente perturbada la mente, quedando excluídos ó exentos de los requisitos exigidos en el mismo los monomaniacos y algunos otros.

Ha sido siempre una regla, por todos los tratadistas y por todas las legislaciones aceptada, que en esas locuras llamadas parciales, y aun en la locura furiosa, pueden sobrevenir momentos lúcidos en que la razón recupera la normalidad de sus funciones; y admitido el supuesto, se impuso desde luego la cuestión de si en esos intervalos de lucidez podría testar el demente.

La legislación romana admitió la validez del testamento otorgado en dichas condiciones, é igual doctrina sancionó nuestro antiguo derecho, habiéndose reproducido en el Código, aunque con la adopción de garantías y precauciones que aseguraran el estado de capacidad del testador.

Este es el objeto del presente artículo, cuyo precepto no necesita detenida justificación; pues si el testamento es un acto, hijo, no sólo de la voluntad, sino también de la inteligencia, y por carecer de ella el demente, se le priva de capacidad para testar, desde el momento en que esa falta desaparezca por virtud del estado de lucidez, desaparecerá también la razón de la incapacidad.

La dificultad estriba en determinar y precisar qué es lo que debe entenderse por *intervalo lúcido*. Discuten acerca de ello los autores. Unos le definen como una simple disminución ó remisión del mal; otros estiman que es una especie de curación pasajera, tan marcada, que se parece al restablecimiento de la salud; y otros, por último, le entienden en el sentido de una perfecta curación, hallándose en el entretanto el sujeto de ella en plena capacidad para toda clase de actos jurídicos. Esta es la opinión de Troplong, y también la que nos parece más acertada.

Y como en esos momentos la libertad es cierta y completo el desarrollo del entendimiento, no hay motivo alguno que pueda justificar el que se impida la testamentificación activa al que en dichas circunstancias se encuentra.

«Sin que sea necesaria la absoluta curación, ha dicho un autor, puede haber ocasiones hasta en la más exacerbada enajenación mental, en que, dirigido el enfermo por una razón sana, llegue á exteriorizar su voluntad de una manera lógica y admisible, haciendo valederos sus actos»; y siendo esto una verdad reconocida hoy por la ciencia como indiscutible, ¿con qué razón y con arreglo á qué principios puede negarse en dicho caso la facultad de testar ni impedirse que se cumplan los fines de la testamentifacción?

Dícese que no es necesaria la completa curación para que exista el intervalo lúcido, y así es, en efecto, pues para ello basta, como dice el mismo autor (1), una vuelta á la razón que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente, cuando menos, durante el tiempo necesario para preparar y manifestar solemnemente con la mayor espontaneidad su volición.

No deben confundirse los momentos lúcidos con los meros actos de buen juicio que en estos enfermos se suelen observar cuando se consigue alejar algún tanto de su inteligencia las ideas que les perturban, pues en estos casos no puede decirse que haya intervalos de lucidez, ni existe otra cosa más que un desvío pasajero de la causa predominante del mal. Y como para testar es necesario que la disposición de la voluntad nazca de un espíritu sano y que haya verdadera inteligencia y voluntad, sólo cuando estas circunstancias concurran y cuando el enfermo ostente sus facultades intelectuales en toda su plenitud, será cuando deba considerársele capaz para testar y ser válido el testamento otorgado por el demente.

---

(1) D. León Bonel y Sánchez, *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, tomo 3.°, pág. 184.

Admitido el principio de que el demente puede testar cuando se hallare en un intervalo lúcido, dos sistemas se imponían al legislador, á saber: ó suponer siempre hecho en estado de locura el testamento del demente, mientras no se probase haber sido otorgado en intervalo lúcido, ó estimarle, por el contrario, otorgado en todo caso, y, por el solo hecho del otorgamiento, en estado de lucidez, ínterin no se justificare lo contrario.

El Código ha adoptado el primero de esos criterios, que es el más racional, pues en dichas perturbaciones el intervalo lúcido es lo excepcional y accidental, y, por el contrario, lo general es el estado de enajenación mental; pero ese principio aceptado tiene sólo el valor de una presunción *juris tantum,* y admite, por lo tanto, prueba en contrario.

Dicha prueba no ha querido fiarla la ley á las contingencias y amaños del porvenir, y, además, para no dar lugar á un acto que pudiera ser declarado después nulo por no haber obrado el testador con la capacidad necesaria, exige que *à priori* se justifique el hecho de hallarse el otorgante en intervalo de lucidez, hasta el punto de que, según el artículo que comentamos, no podrá procederse al otorgamiento sin que previamente se halle comprobada su capacidad en la forma establecida por el mismo

Las precauciones adoptadas y las garantías de que se ha rodeado á esta clase de testamentos hacen difícil, aunque no del todo imposible, las suplantaciones y amaños, de una manera más perfecta y acabada que en nuestro antiguo derecho, evitándoso así los pleitos ruidosos que en otros tiempos solían promoverse con frecuencia. Como en lo posible cabe la confabulación, aun después de esas precauciones establecidas por el legislador, y la necesidad de decidir acerca de la capacidad del testador, conviene tener en cuenta que para ello hay que atender, no al tiempo del fallecimiento, sino únicamente al estado en que aquél se hallare al tiempo de otorgar el testamento, según terminantemente se previene en el artículo siguiente.

La jurisprudencia anterior al Código tenía reconocido que la prohibición ó incapacidad para testar, establecida por nuestra

antiguo derecho respecto de los dementes, se hallaba limitada al tiempo que durare la enajenación; pero ni en ella ni en la ley se llegó á suplir la falta observada ya de los medios necesarios para hacer constar la capacidad del demente que pretende otorgar testamento en estado de lucidez. La práctica y los tratadistas, sin embargo, aconsejaban la conveniencia de una previa comprobación, y hasta se había propuesto, como precaución eficacísima, dar intervención á los jueces de primera instancia en la depuración del intervalo lúcido.

Este criterio fué también el seguido por el Código de Guatemala, el cual, en su art. 795, previene que el tutor, y en su defecto los parientes del demente y demás personas interesadas, acudan al juez á fin de que, previo reconocimiento de los facultativos, reciba ante testigos la declaración de la última voluntad del testador, en el caso de que resultase con aptitud mental para ello. El Código de Méjico también dicta reglas muy minuciosas para asegurar la certeza del intervalo de lucidez, análogas á las anteriores, y, por lo tanto, el artículo que examinamos, al exigir el concurso de los dos médicos y el preciso informe de los mismos favorable á la capacidad, no ha hecho otra cosa que elevar á precepto legislativo lo que la práctica y algunas legislaciones tenían recomendado, si bien huyendo, con gran acuerdo, de la intervención de los jueces, aconsejada por algunos y establecida por los Códigos citados, por no acomodarse este acto á las funciones propias de los encargados de administrar justicia, y además por el inconveniente que originaría el que de este modo prejuzgara la autoridad judicial la capacidad ó aptitud intelectual del otorgante de un testamento que pudiera ser objeto después de impugnación y litigio, limitando aquel prejuicio la libertad de criterio necesaria para la decisión de la contienda.

Tratándose por dicho medio de hacer constar de una manera eficaz y auténtica el dictamen de los médicos y la seguridad dada por los mismos de la capacidad del otorgante, el medio propio y adecuado, y el más conforme con nuestro derecho, era

encomendar al notario la intervención que hubieran de tener los jueces en la previa comprobación de dicha capacidad.

No necesitamos encarecer la importancia de la delicada misión confiada á los facultativos en tales casos, puesto que desde luego se comprende con sólo tener en cuenta que de su informe depende el ejercicio de la testamentifacción activa por la persona sometida á su reconocimiento, toda vez que, según el mismo artículo expresa, no puede procederse al otorgamiento sin que dichos médicos *respondan* de su capacidad. Y es tanto más delicada esa misión, cuanto que es por extremo difícil formar un juicio exacto del estado de las facultades intelectuales del demente por el mero reconocimiento del mismo y sin una detenida observación, incompatible casi siempre con la perentoriedad de las circunstancias.

Según los términos preceptivos del artículo, es condición precisa que sea el notario que haya de autorizar el testamento el que designe los médicos que hayan de informar; y desde luego se comprende la razón de tal concepto, pues siendo dicho funcionario el que ha de adquirir el convencimiento de la capacidad del testador, y el responsable, en su caso, de darse lugar á un acto nulo, es de todo punto necesario que los facultativos que hayan de llevar á cabo el reconocimiento merezcan su confianza, y de ningún modo podría obrar con la plenitud de conciencia si dichos facultativos hubieran de ser impuestos por la familia del testador con riesgo de probables confabulaciones. Excusado es decir que, tratándose de un acto de tanta transcendencia, debe procurarse con especial cuidado que los médicos designados para reconocer al testador, no sólo estén exentos de toda razón de incompatibilidad moral por sus relaciones con los favorecidos ó con el notario autorizante, como garantía de su independencia, sino además que sean de notorio crédito, á fin de que su dictamen tenga la autoridad bastante para alejar todo motivo de sospechosa respecto de ellos.

Aunque con esas garantías adquiere el testamento la fuerza considerable que proporciona la comprobación hecha *à priori* de

la capacidad del testador, no debe, sin embargo, considerársele como un documento irrebatible y exento de toda impugnación, porque el dictamen emitido, no habiendo sido producido en contradicción entre partes, ó sea con intervención de las personas á quienes pudiera perjudicar en sus derechos sucesorios el indicado testamento, no tiene el verdadero carácter de prueba ni la eficacia de la que hubiere sido practicada en juicio. Por eso el Tribunal Supremo tiene declarado que el precepto del artículo que comentamos no prohibe ni se opone á que acerca de la capacidad ó incapacidad del testador se aduzcan otras pruebas, decidiéndose en vista de ellas la cuestión litigiosa que acerca de esto se promoviere (1).

Por lo tanto, los efectos que viene á producir la adopción de las precauciones establecidas por dicho artículo, y en su consecuencia, la intervención é informe de los dos facultativos citados, es la de crear una presunción *juris tantum* de la validez y eficacia del testamento otorgado en tales condiciones, que hace se le respete y surta efecto en tanto que no se acredite debidamente en juicio la capacidad del otorgante y se declare la ineficacia del testamento.

Con ocasión de este artículo, tratan casi todos los comentaristas y expositores de nuestro nuevo derecho, de los efectos legales del testamento del demente, empezado á otorgar en un intervalo lúcido, que se extinguiera antes de la conclusión de la disposición testamentaria; pero el estudio de las cuestiones legales que pueden suscitarse con tal motivo, tendrá su lugar oportuno en el comentario del artículo siguiente.

Aceptado por el Código el principio de que el loco puede otorgar testamento hallándose en intervalo lúcido de razón, se ha discutido también si podría otorgar toda clase de disposición testamentaria ó hacerlo sólo en determinadas formas de las admitidas por la ley.

Según unos, los términos del artículo excluyen toda excep-

(1) Sentencia de 7 de Junio de 1893; *Gaceta* de 19 de Octubre siguiente.

ción, é igualado el demente al capaz por la comprobación del estado de lucidez, y por la reintegración en el uso de las facultades intelectuales que dicho estado produce, entienden que puede testar sin limitación alguna, usando para ello cualquiera de las formas ó clase de testamentos que el Código autoriza. Otros, por el contrario, sostienen que podrá otorgar el testamento común, abierto ó cerrado, pero no el ológrafo ni los privilegiados; y, por último, algunos limitan aun más dicha facultad, reconociéndola para el testamento abierto y negándola en cuanto al cerrado.

De esta última opinión es el profesor de la Universidad de Valladolid, D. Nicolás López R. Gómez (1), fundándose para ello en que, si bien no existe en el Código precepto alguno que explícita ó implícitamente niegue al demente la capacidad para otorgar el testamento cerrado, la naturaleza especial de las solemnidades exigidas por este artículo impone la necesidad de que sólo pueda autorizársele para hacer testamento en la forma establecida para el abierto.

El pensamiento del legislador, dice el autor citado, al establecer la regla general de la incapacidad del loco y la excepción de ella, no ha sido otro que el que se desprende de la diferencia esencial que existe entre el testamento abierto y el cerrado.

Otorgado el primero en un solo acto con la presencia del notario y de los testigos, y manifestando el testador ante ellos, de viva voz ó por escrito, su última voluntad, no puede caber duda alguna del momento en que fué hecho, y habiendo de preceder al otorgamiento la comprobación del estado de lucidez, no es posible desconocer que en dicho acto tenía aquél capacidad para llevarle á cabo, y no hay dificultad alguna para cumplir lo ordenado en el artículo, dando fe del dictamen facultativo el notario en el testamento, y haciendo que firmen el mismo, además de los testigos, los médicos que practicaran el reconocimiento.

Por el contrario, el testamento cerrado se redacta por el tes-

---

(1) *Tratado teórico legal del derecho de sucesión;* tomo 1.°, págs. 64 y 65.

tador en un momento distinto de aquel en que se presenta para la extensión del acta de su otorgamiento, pudiendo estar extendido con fecha muy anterior; y no conociendo el notorio y los testigos sus disposiciones, no pueden juzgar del estado de su inteligencia por el contenido de ellas; é ignorándose además la fecha en que fué ordenado, y no habiendo precedido á su ordenamiento la comprobación de la capacidad, no puede cumplirse lo dispuesto en el artículo que comentamos.

Podrá objetarse á esto que el reconocimiento del testador por los médicos es fácil llevarlo á cabo en el acto de la presentación, consignándose en el acta correspondiente lo dispuesto en el artículo 665, y que manifestándose entonces por el testador su voluntad de que se tenga por testamento lo contenido en el documento cerrado, se encontraría, para los efectos de dicho artículo, en el mismo caso que el abierto, debiendo, en su virtud, ser tenido por válido.

Pero á ello se opone el espíritu del art. 666, pues según él, para apreciar la capacidad del testador hay que estar al tiempo en que fué escrita la disposición; y de lo contrario, podría tenerse por válida una disposición de la voluntad hecha en estado de demencia. La ratificación posterior de su contenido que el testador hiciere al presentar dicha disposición ante el notario y los testigos para el acto de su otorgamiento, con arreglo á la prescripción 5.ª del art. 707, no puede rivalidar lo que en un principio fué nulo; porque es un principio de derecho de nuestra antigua legislación, que informa el precepto del art. 666 ya citado, que el testamento hecho por el incapaz no puede convalescer con el tiempo, aun cuando después desapareciere la causa de la incapidad.

No se encuentra dicho testamento en el mismo caso que la minuta escrita por el incapaz, entregada en intervalo lúcido al notario, para que con arreglo á ella se otorgue la disposición testamentaria; porque en este caso el testamento no es la minuta ó lo escrito por el testador, sino el instrumento extendido por el notario después de comprobada la capacidad del otorgante y de

constarle por propia y consciente manifestación del mismo, que su intención es que aquellas disposiciones contenidas en la minuta se tengan por su última voluntad; mientras que en el cerrado, el testamento es, no el acta de otorgamiento puesta por el notario, sino lo escrito por el testador, y siendo desconocidas por los que han de concurrir á autorizarle las disposiciones contenidas en el pliego, no puede existir el convencimiento de que, en efecto, la intención del otorgante fué realmente que se considerasen como su última voluntad las disposiciones citadas, por no haber medio de comprobar si en aquel momento en que tal manifestación hace, tiene ó no plena conciencia de dichas disposiciones.

Finalmente, el artículo que comentamos dice que el notario deberá dar fe del dictamen de los facultativos en el *testamento*, y que deberán suscribir éste, además de los testigos, dichos facultativos, lo cual sólo puede hacerse en el testamento abierto; pues en el cerrado el notario tendría que dar fe del dictamen y los facultativos firmar, no en el *testamento*, como dicho artículo ordena, sino en el acta de su otorgamiento, que es sólo una garantía de su autenticidad.

Por todas estas razones, entendemos que el demente no puede otorgar testamento cerrado. En cuanto al ológrafo, no puede caber duda alguna, puesto que como en él no interviene notario ni más persona que el testador, no es posible dar cumplimiento á lo ordenado en el art. 665.

Respecto del testamento militar y marino, y de los demás privilegiados, baste decir que están establecidos para circunstancias y estados incompatibles con el de demencia, para que se comprenda que tampoco es dado suscitar discusión acerca de si puede ó no otorgarse dicha clase de testamento por el demente que se hallare en intervalo de lucidez.

Esto no obstante, teniendo en cuenta lo que en nuestro antiguo derecho sucedía, se ha creído por alguno de los expositores del Código, que el demente podría otorgar toda clase de testamentos, y si luego, de las pruebas practicadas, resultaba acre-

ditado plenamente que el testador se hallaba habitual y ordinariamente falto de su cabal juicio, se reputaría nulo el otorgado en razón á la incapacidad establecida en el núm. 2.º del art. 663, lo cual no sería obstáculo para que se suministrare y admitiera prueba en contrario.

Claro es que este artículo se refiere al demente reconocido como tal, y por tanto, que si una persona no está reconocida como incapaz, su testamento es válido, sin necesidad de justificar que obró en un intervalo lúcido, y el artículo aplicable será el 685 y no el que acabamos de comentar. Así lo reconoce la sentencia de 10 de Junio de 1897. (Véase en el artículo siguiente la sentencia de 25 de Octubre de 1901.)

La de 27 de Enero de 1908 declara que la asistencia de dos facultativos en el testamento de una persona capaz ó no declarada demente, aunque innecesaria, no altera la validez del acto.

El artículo que comentamos tiene precedentes, no sólo en la legislación romana (1), sino también en algunas leyes del Fuero Juzgo (2) y de las Partidas (3), en cuanto al principio que inspira su precepto; pero no existe ninguno en nuestro derecho respecto de las solemnidades establecidas para la validez de las disposiciones testamentarias otorgadas en tal estado, las cuales, por la especialidad de sus circunstancias, constituyen realmente una clase especial de testamentos. Y tan general es ese principio, que en todas las legislaciones extranjeras, en una ó en otra forma, se contienen idénticas declaraciones.

Tanto el proyecto de Código de 1851, como el de 1882, propusieron análogas prescripciones en sus artículos 600 y 739 respectivamente; y concuerda el que examinamos con el 1765 de código de Portugal, 3416 á 3420 del de Méjico, 913 del de Veracruz, 3279 á 3283 del de la Baja California y el 795 del de Guatemala, anteriormente citado.

(1) Ley 17, tít. 1.º, libro 28 del Dig.; ley 9.ª, tít. 23, libro 6.º del Cód., y párrafo 1.º, tít. 12, libro 2.º de la Inst.

(2) Ley 10, tít. 5.º, libro 2.º

(3) Ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª

ARTÍCULO 666

Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

Este artículo y los dos anteriores completan la doctrina relativa á la incapacidad por razón de demencia, establecida en el número 2.° del 663. Dicha incapacidad no es siempre permanente y fija; pues, por el contrario, puede el demente gozar de intervalos de lucidez y aun recobrar su cabal juicio, y á su vez el que se halla en sanidad é integridad de razón puede perderla total ó parcialmente. Y como el Código, de acuerdo con el principio establecido por la legislación anterior (1) y por la jurisprudencia (2), ha limitado esta incapacidad, y la consiguiente prohibición para testar, al tiempo que durare la enajenación mental, convenía y precisaba, á fin de evitar dudas y cuestiones, determinar con exactitud la regla que hubiera de tenerse en cuenta para apreciar la capacidad ó incapacidad del testador que en algún tiempo hubiere padecido perturbación en sus facultades intelectuales. Esa necesidad vino á satisfacerla el presente artículo, estableciendo que para dicha apreciación se atienda siempre al estado en que el testador se hallare al tiempo de ser otorgado el testamento.

Con mayor ó menor frecuencia puede ocurrir en la práctica el caso de que el testador que, gozando de plena capacidad para testar, ordenó su última voluntad con arreglo á la ley, pierda dicha capacidad con el tiempo; y viceversa, el que indebidamente testó sin tener capacidad para ello, puede adquirirla con posterioridad al otorgamiento. En estos casos, ¿qué criterio deberá seguir el legislador para juzgar de la capacidad del otorgante? ¿Habría de atenderse única y exclusivamente al tiempo del otorgamiento ó al de la muerte del testador, ó á los dos á la vez,

(1) Ley 13, tit. 1.° de la Partida 6.ª

(2) Véase, entre otras sentencias, la de 5 de Octubre de 1887.

exigiéndose, como en el primitivo derecho romano, la capacidad en ambas épocas?

Nuestro Código ha optado por el primero de dichos criterios, como hemos indicado ya; pero antes de su publicación, y aun después de ella, se ha discutido mucho esta cuestión; y aunque la generalidad de los autores sostienen la misma doctrina establecida por dicho cuerpo legal, otros entienden que debe atenderse también al tiempo de la muerte, fundándose para ello en los precedentes que ofrecía la legislación romana y nuestro antiguo derecho; y además, en la consideración de que en dicha época es cuando más interesa que el testador reuna las condiciones y calidades que la ley ha estimado necesarias para la testamentifacción activa.

Dícese con tal motivo, que siendo mudable y *ambulatoria* hasta la muerte la voluntad del otorgante, no queda ésta solemnemente ligada ó comprometida hasta el momento del fallecimiento, que es cuando se fijan definitivamente los ordenamientos de la misma y se causa la sucesión; y que careciendo de la libre y consciente determinación de su voluntad al que, después de testar válidamente, incidiere en incapacidad, no habría medio ni motivo para presumir que el testador, en el caso de conservar la capacidad, hubiera perseverado hasta su último momento en la disposición testamentaria anteriormente hecha.

Los que tal opinan entienden que el testamento no es en realidad más que un proyecto de las disposiciones que en él se orde nan para después de la muerte, toda vez que pueden éstas ser revocadas ó ratificadas por el testador, por cuya razón estiman que no pudiendo ser definitivo hasta el fallecimiento del otorgante, debe éste tener á la muerte la capacidad necesaria para transmitir *mostis causa*.

Pero como desde luego se comprende, el otorgamiento de la última voluntad con las formalidades exigidas por la ley constituye un acto perfecto, aunque haya de surtir sus consecuencias después de la muerte del otorgante, y aunque sean susceptibles de revocación hasta entonces las disposiciones consignadas en el

testamento. Si no es revocado éste, no arranca su fuerza dicha última voluntad de la ratificación implícita que pudiera implicar el hecho de no haberle cambiado, como ha dicho un autor ya varias veces citado, sino del testamento mismo, ó mejor dicho, del acto de su otorgamiento, y por lo tanto, al tiempo en que éste tuvo lugar es al que hay que atender para saber si tenía ó no capacidad para ello el otorgante.

No es razón suficiente para suponer lo contrario el que no se transmitan los bienes de la herencia ni se produzca la efectividad del derecho sucesorio hasta el fallecimiento del causante; pues si bien es cierto esto, no puede, en cambio, negarse que el nacimiento y el origen de ese derecho tiene lugar en el acto de manifestarse por el testador espontánea y libremente su voluntad.

Del mismo modo carece de eficacia para destruir el principio adoptado la consideración alegada de que no hay medio para deducir si el testador hubiera perseverado ó no en la disposición testamentaria ya hecha, en el caso de haber podido manifestar libremente su voluntad, porque no habiendo sido revocado dicho testamento mientras disfrutó de razón el otorgante, y no existiendo ningún acto inductivo de su voluntad en contrario, no hay tampoco motivo para suponer que no hubiera persistido en dicho testamento, en el caso de haber gozado de su cabal juicio durante todo el tiempo en que por tener perturbadas sus facultades intelectuales estuvo incapacitado para la testamentifacción activa.

Además, hubiera resultado una extremada injusticia que, por el hecho de haber tenido la desgracia de hallarse incapacitado al morir, fuera á considerarse intestado el que testó válidamente.

De acuerdo con dicho criterio, la jurisprudencia tenía establecido que el hecho esencial que debía servir de fundamento para la aplicación de la ley 13, tít. 1.° de la Partida 6.ª, es el estado intelectual del testador en el momento de testar (1).

(1) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1867.

Hemos dicho que, siendo variable la capacidad humana, podía ocurrir que el que la tenía para testar en determinada época, la perdiese con el tiempo, y por el contrario, que el privado de ella por la ley, adquiriese después dicha capacidad, pudiendo testar válidamente en dicho estado. Pero aun dentro de estos supuestos cabe establecer algunos otros, y para apreciar debidamente las consecuencias jurídicas en cada uno de ellos, conviene examinarlos por separado.

Seis son los casos que pueden ocurrir, á saber:

1.º Que el testamento haya sido otorgado por persona capaz al tiempo del otorgamiento, y cuya capacidad no hubiere sufrido detrimento alguno ni antes de testar ni en el tiempo transcurrido desde dicho acto hasta el fallecimiento del testador.

2.º Que hecho el testamento por persona capaz, incurra después ésta en incapacidad.

3.º Que, por el contrario, hubiera sido otorgado el testamento por un incapaz, subsistiendo la incapacidad hasta la muerte del testador.

4.º Que siendo éste incapaz, adquiera después la capacidad, falleciendo sin haber modificado la disposición testamentaria hecha en aquel estado.

5.º Que hallándose habitual ó accidentalmente en demencia, el testador goce de intervalos lúcidos, otorgando testamento en uno de esos momentos de lucidez.

Y 6.º Que empezado á otorgar el testamento del demente en un intervalo lúcido, termine éste antes de concluirse el testamento.

En cada uno de estos casos, conforme á la regla general sentada en el artículo que comentamos, habrá que atenerse á las condiciones de capacidad en que se hallase el testador al otorgar el testamento para apreciar la validez ó nulidad del mismo.

El primero de ellos no puede ofrecer duda alguna, pues otorgado el testamento por una persona capaz y no habiendo sufrido su capacidad quebranto alguno en ningún tiempo, no existe motivo alguno para que deje de estimarse como válido, y tiene

que surtir todos sus efectos en tanto que no se pruebe cumplidamente que el otorgante, aunque tenido por capaz, se hallaba en estado de incapacidad cuando fué otorgado el testamento. Para ello conviene tener presente que, según ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de Abril y 9 de Julio de 1896, no bastan las inducciones más ó menos probables para probar el estado de demencia de una persona en una época determinada, sino que es necesario una prueba directa de que realmente se hallaba en dicho estado á la fecha en que se realizó el acto que se trata de invalidar por el defecto de la incapacidad, para que sea debidamente apreciada y pueda producir sus consecuencias legales.

En el segundo caso también ha de ser reputado válido el testamento, sin que para ello sea obstáculo la incapacidad en que el testador hubiere incurrido con posterioridad. Esta solución es consecuencia de la doctrina sentada al comentar los artículos anteriores, pues, según tenemos ya dicho con tal motivo, los requisitos que la ley exige para conceder la testamentifacción activa se refieren al momento de hacer la disposición de su voluntad el testador, y todos los motivos de incapacidad posteriores al otorgamiento en nada afectan á la validez de éste, toda vez que en dicho acto pudo libre y espontáneamente hacer uso de la potestad concedida por la ley, ordenando dicha voluntad en los términos que tuviere por conveniente. Esto no obsta para que, como el anterior, sea susceptible de prueba en contrario.

Por desgracia, ocurre con frecuencia relativa el caso de ser realmente incapaz una persona, sin que se declare judicialmente esa incapacidad hasta mucho después. La ley, en los arts. 663 al 666, se refiere al estado real de capacidad ó incapacidad en que se halle el testador en el momento de testar; pero no puede desconocerse la influencia que ha de ejercer en los efectos probables de ese acto, la circunstancia de hallarse ó no declarada previamente la incapacidad, porque es lo cierto que mientras no conste tal declaración, la ley naturalmente presume que se tra-

ta de una persona capaz, y así ha de entenderse mientras no se pruebe cumplidamente lo contrario, en tanto que después de declarada la incapacidad, esta es la que se presume, mientras otra cosa no se pruebe.

Por esto, para cumplir lo dispuesto en el art. 665, no deben atenerse el notario y testigos al hecho de hallarse ó no declarada la incapacidad. Del estado de las facultades mentales del testador deben cerciorarse siempre, y cuando particularmente les conste ó tengan noticia de que se trata de una persona cuya inteligencia se encuentra de ordinario perturbada, ó cuando aun sin tal conocimiento previo, observen en el momento de tratar de otorgarse el acto de última voluntad, que el testador no parece hallarse en completo estado de lucidez, deben exigir el reconocimiento por dos facultativos, cumpliendo el precepto de dicho art. 665, que si ha de ser eficaz aun después de declarada la incapacidad de una persona, con mayor razón lo será en el caso de que tal incapacidad no se halle declarada aún.

Esta doctrina que nos parece racional, resulta contradicha por una sentencia del Tribunal Supremo dictada en 25 de Octubre de 1901, en la que se establece, que no estando declarada la incapacidad de una persona en el momento de otorgar su última disposición testamentaria, no procede la observancia de lo preceptuado en el art. 665. Pueden, no obstante, conciliarse la doctrina establecida en esta sentencia con la que acabamos de defender, en el sentido de que cuando al notario autorizante del testamento no le consta el estado de incapacidad del testador, por no haber precedido la declaración de ser incapaz, y por no tener motivo alguno para dudar siquiera de la integridad de sus facultades, no existe razón alguna que le obligue á cumplir las formalidades prevenidas en el citado artículo.

Bajo otro punto de vista relacionado con los arts. 664 y 666, puede observarse contradicción entre dicha sentencia, y otra dictada en 1.º de Julio de 1901. Sostiénese en ésta que la declaración de incapacidad de una persona, posterior al otorgamiento por ésta de un testamento, demuestra más bien la

preexistencia de incapacidad que la de capacidad, y en su consecuencia, se declara nulo un testamento otorgado por persona á quien el notario y testigos apreciaron hallarse en su cabal juicio en el momento de testar, pero cuya incapacidad se declaró después.

Por el contrario, en la de 25 de Octubre de 1901, se declara que es válido un testamento otorgado por persona cuyo expediente de incapacidad estaba tramitándose, fundándose en que aún no estaba declarada la incapacidad, y en que esta declaración, aunque elemento de prueba atendible é importante, no demuestra de modo evidente la demencia del testador con anterioridad á la fecha de esa declaración.

Fallos tan contradictorios tienen, sin embargo, un fundamento común que explica esa contradicción. En ambos se afirma que la declaración de validez ó nulidad del testamento en tales casos queda á la apreciación del Tribunal en vista del resultado de las pruebas aportadas al juicio. Sobran las demás razones: la declaración de incapacidad no prueba en tales circunstancias que el testador, en fecha anterior, fuese capaz ni incapaz; las pruebas aportadas al juicio decidirán en cada caso, debidamente apreciadas por los Tribunales, lo que procede resolver; pero siempre, como dijimos antes, bajo la base de que toda persona debe presumirse capaz, mientras no se demuestre lo contrario.

En el tercer caso de los anteriormente señalados no es posible que se ofrezca duda alguna. Se trata en él del testamento otorgado por la persona constituída habitualmente en demencia, y ésta no puede testar, según el núm. 2.° del art. 663. Pero si á pesar de ello testase, por ignorar dicho estado el notario, ó por cualquier otra causa, quedaría nulo el acto tan pronto como se probase la incapacidad del testador.

En el caso 4.°, la ratificación implícita, que algunos estiman constituída por el hecho de no haber otorgado nuevo testamento el testador después de adquirir la capacidad, no puede dar validez alguna al acto ejecutado en estado de incapacidad, pues lo

que es nulo en su origen no puede convalescer con el tiempo, según el principio jurídico de nuestro antiguo derecho, mantenido y sancionado por el Código.

El caso 5.° se refiere al testamento otorgado en un intervalo de lucidez por el que accidentalmente se halló en demencia, y pueden apreciarse dentro de él dos supuestos distintos, según que se hayan observado ó no los requisitos exigidos por el artículo 665.

Si se guardaron dichas prescripciones, el testamento será válido; pues limitada como está la incapacidad por demencia, y por lo tanto, la prohibición para testar, al tiempo que durare la enajenación mental, es evidente que cuando dicha enajenación cese, bien por haber recobrado totalmente el juicio, ó por hallarse el testador en un intervalo lúcido, puede hacer válidamente su testamento, una vez comprobada su capacidad en la forma establecida por la ley, sin perjuicio de la prueba en contrario. ¿Pero sucederá lo mismo en el supuesto de que no se cumpliera el requisito de la previa justificación del estado de lucidez?

Los términos del art. 665 parecen excluir toda excepción. Según él, *siempre* que el demente pretenda hacer testamento, habrá de cumplirse lo ordenado en dicho artículo, demostrándose con tan absoluta expresión que el deseo de la ley es que en ningún caso se prescinda de estos requisitos y garantías establecidos por la misma. Pero, á pesar de ello, puede darse el caso de que se omitan tales formalidades por ignorarse el estado de incapacidad del otorgante ó por cualquier otro motivo, y admitida esa posibilidad, acaso parezca poco equitativo que necesariamente haya de ser declarado nulo sin permitirse la justificación posterior de la capacidad ó del estado de lucidez.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de Junio de 1893, ya en otra ocasión citada, declara que el precepto de dicho artículo 665 no se opone ni prohibe que se aduzcan otros medios de prueba acerca de la capacidad ó incapacidad del testador, distintos de la previa comprobación ordenada en el mismo, pudien-

do decidirse en vista de aquéllos la cuestión que con tal motivo se promueva. Esta doctrina, como de ella se deduce, sólo será aplicable al caso en que el demente hubiere otorgado testamento en un intervalo lúcido con las formalidades prevenidas en el artículo 665; pero si por cualquier motivo se hubieren omitido esas formalidades, por este solo hecho será nulo el testamento, por ordenarlo así el art. 687, cualquiera que sea la prueba que pueda hacerse sobre la capacidad ó incapacidad del testador en aquel acto. Esto en el supuesto de que estuviere reconocida la demencia anteriormente, y se hubiere otorgado el testamento en un intervalo lúcido.

En el último de los casos indicados, es decir, cuando empezado el testamento del demente en un momento de lucidez, se extinguiera éste antes de concluir el otorgamiento, pueden ofrecerse también dentro de él los tres supuestos siguientes: 1.º, que cese el intervalo lúcido después de terminado el testamento y de manifestar su conformidad con él el testador, pero antes de firmarlo: 2.º, que incidiere de nuevo en incapacidad el testador, después de hechos aquellos ordenamientos de la voluntad que constituyen la esencia de la disposición testamentaria, pero antes de estar concluído el testamento; y 3.º, que el estado de lucidez se extinga sin que todavía hubiere llegado á hacer el testador las disposiciones esenciales de su última voluntad.

Esto sentado, ¿cuáles serán los efectos jurídicos del testamento otorgado en cada uno de dichos supuestos?

Al comentar el art. 665 indicamos que, con ocasión de él, ocupábanse los tratadistas en dicha cuestión, que reservamos entonces para el estudio del presente, por ser éste el lugar adecuado para ello.

En el primero de los supuestos citados, es decir, cuando el intervalo lúcido se extingue después de ordenadas ó expuestas por el testador todas las disposiciones que constituyen su última voluntad, pero antes de extenderse por escrito el testamento, ó después de redactado y antes de firmarse, ¿será válida dicha disposición testamentaria?

La antigua jurisprudencia tenía declarado que no infringía las leyes á la sazón vigentes la sentencia que declaraba verdadero testamento del demente el otorgado en tales circunstancias, si en vista de las pruebas practicadas estimó el tribunal sentenciador que el testador se hallaba en la plenitud de sus facultades intelectuales en el acto de hacer su disposición testamentaria, quedando sólo privado de ella al terminarlo (1).

En nuestra anterior legislación podría no ofrecer duda dicha doctrina, pues en ella se admitía el testamento verbal, y en el mismo caso se hallaba el expuesto de palabra por el testador que no pudo llegar á extenderse por escrito por haber perdido la vida el otorgante, que el que quedó sin redactarse por haber muerto moralmente al extinguirse en él la razón. Pero el derecho vigente no permite otros testamentos verbales más que en los casos á que se refieren los artículos 700 y 701 del Código, ó sea cuando existe inminente peligro de muerte ó cuando es otorgado en tiempo de epidemia; en cuyos casos, si no pudiere escribirse el testamento, valdrá éste aunque los testigos no supieren escribir.

Fuera de estos casos no hay ningún otro en que la ley autorice el testamento verbal, pues precisamente se ha exigido el otorgamiento por escrito para evitar abusos y perjuicios frecuentes en el anterior estado legal; y hasta tal punto se ha mantenido ese criterio, que aun en los casos citados, si no resultase la imposibilidad de escribirlo, el testamento sería nulo é ineficaz, según veremos al comentar dichos artículos. Por lo tanto, en rigor de derecho y con sujeción extricta á los preceptos legales vigentes en la actualidad, no puede ser considerado válido el testamento hecho por el demente en estado de lucidez y con todas las formalidades exigidas para ello, si el intervalo de razón de que gozara llegó á extinguirse antes de extenderse por escrito, pues, en ese caso no podría cumplirse lo dispuesto en el art. 695, y la nulidad se impondría necesariamente por minis-

(1) V. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1866.

terio del art. 687. No así cuando después de redactado y leído el testamento y de haber manifestado el testador su conformidad ante el notario y los testigos no pudiera firmarlo por haberse extinguido el intervalo lúcido, pues en este caso se habrían llenado todas las formalidades que para la validez del testamento abierto exige dicho art. 695.

Estas indicaciones bastan á nuestro propósito, y para más extenso estudio de dicha cuestión puede verse lo expuesto por Vitali en su *Tratado de las sucesiones legítima y testamentaria;* Chironi, tanto en su obra titulada *Instituciones de Derecho civil*, como en sus estudios de jurisprudencia publicados con el título de *Cuestiones de Derecho civil;* Días Ferreira en sus *Comentarios al Código civil portugués;* Domat en sus *Leyes civiles*, y algunos otros tratadistas que con mayor detenimiento han examinado esta cuestión, y cuya enumeración resulta ociosa después de los ya indicados.

En cuanto á los otros dos supuestos que pueden aun admitirse en dicho caso, no se ofrece duda alguna. El testamento no quedó ultimado, y como no puede considerarse entonces al demente muerto, parte testado y parte intestado, no es dado estimar válidas tan sólo las disposiciones hechas mientras duró el intervalo de lucidez, estimándose en todo lo demás al demente como muerto sin testamento.

Se ha indicado por algunos si el testamento del demente, suspendido por haber terminado el intervalo lúcido, podría reanudarse al recobrar de nuevo el testador la razón, toda vez que el tiempo en que estuviere privado de ella constituye un paréntesis en la vida de la inteligencia, como si dicho período de tiempo no hubiese existido. Pero á ello se opondría la unidad de acto, requerida por el art. 699, para el testamento abierto, que, como tenemos ya dicho, es la única forma en que consideramos puede testar el demente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Abril de 1903 declara que las disposiciones de los arts. 663, 664 y 666 sólo pueden ser aplicables después de la muerte del testador, ó sea

cuando llega el caso de deber producir el testamento sus efectos, y nunca en vida del otorgante, aun después de declarado incapaz.

El artículo que comentamos no tiene precedentes en nuestro antiguo derecho. Según la legislación romana y las Partidas, era necesario, como hemos dicho ya, que el testador tuviera capacidad en las épocas del otorgamiento y en la de la muerte. El tiempo intermedio no perjudicaba; sin embargo, distinguíanse dos excepciones, á saber: 1.ª, si el testador hubiera perdido cuando su fallecimiento algunas de las facultades necesarias para expresar su deliberada voluntad, en cuyo caso sería válido el testamento hecho con anterioridad; y 2.ª, si al tiempo de su muerte hubiese sufrido un cambio de estado civil; por ejemplo, por la imposición de una condena que le privase de la facultad de disponer de sus bienes. Abolida la confiscación por las leyes patrias, y no perdiéndose ya el derecho de testar por la pena de muerte, perdió esta doctrina su interés.

En los Códigos modernos unos omiten este precepto y otros lo exponen con ligeras diferencias, concordando este artículo con el 1705 del código de Portugal, igual en su esencia al que comentamos; con el párrafo 1.º del 763 del de Italia, con el 945 del de Holanda, 2073 del de Sajonia, 3613 del de la República Argentina, 1481 del de la Luisiana, 1006 del de Chile, 3287 del de Baja California, 913 del de Veracruz y 3424 del de Méjico.

Análogos preceptos se proponían en el art. 605 del proyecto de Código de 1851 y en el 740 del de 1882.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL

Después de determinar el Código quiénes son las personas que tienen capacidad para testar, lo procedente era precisar la naturaleza y efectos del testamento, como expresión de la voluntad del causante de la sucesión, estableciendo al efecto las reglas á que, en general, deben ajustarse todas las disposicio-

nes testamentarias, sin perjuicio de las especiales que puedan motivar las diversas formas de su otorgamiento.

A esa razón obedecen, y á dicho fin responden, las prescripciones comprendidas en la presente sección, en la que se exponen con la brevedad y precisión convenientes los principios generales que regulan dicha institución en cuanto se relacionan con el ejercicio de la facultad de testar, constituyendo sus preceptos las notas características y esenciales del testamento. Circunscrita de tal modo la materia de esta sección á la naturaleza y efectos del testamento en general, y á la determinación de la clase de disposiciones que en él pueden hacerse, queda reservado para las sucesivas todo lo relativo á las formas de su otorgamiento, y á la revocación ó ineficacia de las disposiciones testamentarias.

Confundiendo muchos el testamento con el derecho de testar, discurren, al tratar de esta institución, acerca de sus fundamentos, reproduciendo la cuestión examinada ya por nosotros al comentar el art. 658 (1). Para evitar innecesarias repeticiones, á lo dicho entonces nos remitimos, limitándonos á citar como fuentes para la ampliación de dicho estudio las notables obras de Troplong, Laurent, Vitali, Gabba y Portalis.

En la Introducción al presente título expusimos también lo suficiente acerca de la utilidad y origen de los testamentos, y no hemos de descender, por lo tanto, ahora, como algunos autores hacen, á investigar si se encuentran ó no vestigios de ellos en el Egipto; si fué dada ó no dicha institución por Moisés á los hebreos; si en Grecia impidieron ó retardaron su planteamiento, de una parte, la absorbente tiranía del Estado sobre la propiedad y aun sobre las relaciones de familia, y de otra, la libertad imprudente, tan censurada por Aristóteles y otorgada por aquellas leyes, que por hacer ciudadanos olvidaban y aun parecían borrar de la vida civil al padre de familia, ni hemos de examinar las distintas fases por las que pasó dicha institución en

(1) V. páginas 311 á 351, ambas inclusive, de este tomo.

Roma antes y después de las leyes de las XII Tablas; ni menos hemos de ocuparnos en las cuestiones que con tal motivo tratan Amyot, Niebuhr, Duranton, Toullier y los demás autores antes citados.

Hebreo ó egipcio, griego ó romano el testamento, las consecuencias son las mismas para nuestro estudio, puesto que á nosotros sólo nos toca examinarle en cuanto forma parte de nuestro derecho positivo, prescindiendo de su origen y de las vicisitudes de su historia.

Varias son las reformas introducidas en nuestro antiguo derecho por las disposiciones de esta sección. Todas ellas se inspiran, como en otra ocasión hemos dicho, en el plausible propósito de revestir el testamento de las mayores garantías de autenticidad, evitando á la vez abusos y corruptelas que tenían firme arraigo en nuestras costumbres, y que el Código ha procurado extirpar por los perjuicios gravísimos que podían ocasionar y que con frecuencia se registraban en la práctica.

Como en su lugar veremos, de dichas reformas las más importantes son las establecidas en el art. 670, por virtud de la que ha venido á ser el testamento un acto personalísmo en su esencia, y la prohibición que implica el 672, por consecuencia de la cual han dejado de subsistir los codicilos, cédulas y memorias testamentarias, tan generalizadas con la anterior legislación.

Lo dicho basta para que en conjunto pueda apreciarse el sentido general de esta sección, y sin necesidad de mayor preparación podemos pasar desde luego al examen de los artículos que comprende.

ARTÍCULO 667

El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos, se llama testamento.

Consagrado este artículo á definir el testamento como acto jurídico, sus términos son tan claros y precisos, y de tan fácil inteligencia, que no hubiéramos tenido que ocuparnos de ellos

si no fuera por la forma en que ha sido censurada dicha definición por la generalidad de los comentaristas del Código y por algunos de los expositores del nuevo orden legal constituído por el mismo.

El espíritu de crítica en que se han inspirado casi todos los trabajos de ese género, ha hecho ver á sus autores deficiencias y defectos que carecen por completo de sólido fundamento, y con evidente error se han emitido juicios y formulado censuras tan desprovistas de razón como de justicia.

En este caso se encuentran las que se refieren á la definición consignada en el artículo que examinamos.

Comparando esos tratadistas el concepto de dicho artículo con el concepto que del testamento tenía el derecho romano y nuestra antigua legislación, estiman defectuosa é incompleta dicha definición, por no comprender, á su juicio, todas las notas que deben caracterizar el acto definido, llegando alguno á considerar que hubiera sido mejor aceptar la del proyecto de Código de 1851 (1), punto de partida designado en la ley de Bases para la formación del Código, por ser más completa y exacta, aunque en ella se observa el defecto que más adelante expondremos, de no indicarse en la misma todo lo que puede ser objeto de disposición testamentaria (2).

Por casi todos es preferida, como más general y adecuada á la naturaleza jurídica de dicha institución, la definición romana que hicieron célebre el conocido precepto de las XII Tablas, y los no menos notables conceptos de Modestino y Ulpiano.

Cierto es que el derecho romano no ha sido superado en precisión y exactitud por los modernos Códigos, y que, á pesar de la repugnancia de sus jurisconsultos á definir, las pocas definiciones que de ellos nos han quedado han servido de modelo hasta nuestros días, siendo una de ellas la del testamento; pero no

---

(1) Art. 555.

(2) López R. Gómez, *Tratado teórico legal del derecho de sucesión*, tomo 1.º, pág. 51.

debe olvidarse que éste no tiene hoy el mismo concepto que en aquella legislación, y al perder su primitivo carácter ha habido necesidad de alterar algunos de los términos de dicha definición.

Censúrase ordinariamente que en la definición dada por este artículo se haya suprimido la expresión de ser un acto *solemne* el testamento, pues á juicio de los impugnadores de dicha definición, constituye esa cualidad una nota esencialísima de tal institución. ¿Hasta qué punto puede ser fundado este cargo? En Roma era un acto *solemne* el testamento por las formalidades de que había de estar revestido, efecto del carácter público y de la naturaleza especial que en dicha legislación tenía la testamentifacción activa en sus distintas manifestaciones. Pero en la actualidad, el testamento no es un acto de derecho público, sino de derecho privado: no se deriva de la ciudadanía, sino de la personalidad ó individualidad y las solemnidades del *comitiis calatis,* del *in procinctum* y del *per æs et libram,* ni encajan hoy en nuestras costumbres, ni tienen al presente razón de ser.

La derogación de esas formularias solemnidades, primero por la práctica y después por nuestras leyes, hizo innecesaria la expresión de dicha cualidad, ni aun siquiera como demostración de la importancia del acto. Por el contrario, admitido por el Código el testamento ológrafo como una de las formas legales de la manifestación de la última voluntad, en el que ninguna formalidad externa se requiere, al mantenerse la calificación indicada se incurriría en notoria impropiedad si dicha condición se refiere tan sólo á las formalidades de la disposición testamentaria. Si, por el contrario, con la denominación de acto *solemne* se quiere significar que el testamento, para surtir sus efectos, ha de ajustarse á las prescripciones legales como requisito conveniente para evitar falsificaciones y otros abusos, innecesaria resulta dicha expresión después del principio general consignado en el art. 4.°, según el que son nulos los actos jurídicos celebrados contra lo dispuesto en la ley; pues conforme á esta regla, todos los actos jurídicos para ser válidos tienen que ajustarse á

las prescripciones que los regulan, y á todos habría que atribuir el calificativo de *solemnes.* Con arreglo á dicho principio, el artículo 687 establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

Se ha censurado igualmente, que en la definición que examinamos se haya suprimido también la expresión *esencialmente revocable*, que constituye asimismo, á juicio de los impugnadores, uno de los caracteres distintos del testamento. que en tal concepto era consignado en el art. 555 del proyecto de 1851.

No puede negarse, en efecto, que la voluntad del testador es ambulatoria hasta la muerte; por cuyo motivo, siendo el testamento la expresión de dicha voluntad, tiene que seguir las vicisitudes de la misma, participando de dicha condición. Pero esta revocabilidad es un accidente ó una circunstancia extraña al fin esencial ó al objeto á que obedece el testamento, y por lo tanto, su expresión huelga en la definición del mismo, no existiendo en su virtud una razón legal, ni una necesidad lógica, que exijan la inclusión de dicha cualidad en la definición, para venir en conocimiento de lo que en sí es el testamento.

Como condición derivada de la libertad del testador para cambiar en todo tiempo su voluntad, y por lo tanto su disposición testamentaria, el Código establece, independientemente de la definición, dicha revocabilidad en su art. 737, como más adelante veremos, y al hacerlo así ha procedido con estricta sujeción á las más precisas reglas de la lógica.

Se ha considerado también como impropia y deficiente dicha definición, en cuanto limita la determinación del objeto de los testamentos á la disposición de los bienes, pues si bien ordinariamente suele ser éste el fin ó el motivo de dicho acto, hay que reconocer que pueden ser y son con frecuencia objeto del testamento otras cosas que en nada se refieren á la disposición de los bienes, sino que atañen única y exclusivamente á las personas, como el reconocimiento de un hijo natural, el nombramiento de tutor, el permiso concedido á la mujer para que pueda contraer

segundas nupcias sin perder la patria potestad sobre los hijos, etcétera. Esto es exacto; pero como el mismo Código autoriza, en sus lugares respectivos, todas esas disposiciones, claro es que no las excluye de los testamentos; y si en el presente artículo hace mención solamente de los bienes, es en el concepto de ser el testamento el medio de expresar el hombre su voluntad para deferir la sucesión en los que le correspondan, que es de lo que se trata en el título á que pertenece esta sección.

Según hemos dicho ya, es el testamento una manifestación de la individualidad y libertad de la propiedad, en cuanto por él el propietario transfiere sus bienes en todo ó parte al instituído, y esta cualidad, de ser medio de adquirir, es, si no el único, lo principal que hay que considerar en el derecho civil privado en cuanto á los testamentos. Por eso el Código tan sólo se ha fijado en ella sin cerrar la puerta á las demás disposiciones de la voluntad, y, por lo tanto, en el terreno del derecho civil, la definición referida llena los fines para que ha sido dada, y carecen de fundamento, á nuestro juicio, los que la han impugnado en la creencia de que, al hablar en ella tan sólo de la disposición sobre bienes, se da una idea mezquina de dicha institución, privándola de la importancia que siempre ha tenido.

Para poner aun más de manifiesto la impropiedad de dicha definición, citan algunos la posibilidad de que existan testamentos en que no se haga disposición alguna sobre bienes, y aun el caso de que el testador no los tenga, como sucede en las mal llamadas declaraciones de pobreza: casos que dicen están en pugna con los términos de la misma; pero aunque así fuera, lo cual no es exacto, estos rarísimos y excepcionales supuestos no pueden desvirtuar la regla general, que es lo que debe tenerse en cuenta al formularse una definición. Bajo la denominación de testamento se comprende, pues, en nuestro derecho, toda disposición de última voluntad.

Con el mismo motivo y por igual concepto se ha censurado también que al testamento se le denomine *acto*, en vez de la solemne expresión de voluntad, como en la definición romana, su-

poniéndose que con ello se ha falseado la naturaleza de la institución y se le ha despojado de su reconocida importancia.

Los que tal dicen atribuyen dicha importancia del testamento á las solemnidades y formalidades más ó menos aparatosas de que en los tiempos antiguos se le revistiera, y no del acto jurídico que entraña. El error no puede ser más manifiesto, pues cualquiera que sea la expresión con que se le designe, el acto llevado á cabo por el testamento, ó sea la transmisión al instituído de los bienes del testador, por su propia naturaleza y por los efectos que produce, ha de ser siempre transcendental é importante, y sin necesidad de pomposos calificativos se comprende desde luego la importancia del testamento con sólo tener en cuenta su objeto y el fin á que responde.

Como ha dicho un autor, ya varias veces citado, el testamento, ó es hijo del derecho de propiedad y reconoce como una de sus principales causas la satisfacción de una necesidad social al par que individual, ó, por el contrario, hay que suponer que sea, como fué en otro tiempo, una señal de poderío. En el primer caso, es un acto privado que no sale de la esfera de lo civil; en el segundo, se convierte en un acto público que puede revestir hasta el carácter político y religioso, como sucedió en Roma, y desde luego se comprende que en las costumbres actuales y en el estado actual de la ciencia, el testamento no puede tener hoy otra condición ni otro carácter que el primeramente indicado.

Este es el concepto que de él ha tenido el Código. Llámasele con propiedad *acto*, porque en el testamento no se hace otra cosa que expresar la voluntad del testador y dejarla consignada en él, para que pueda surtir sus efectos después del fallecimiento del que lo otorgó. Hasta entonces no existen derechos ni obligaciones, ni en el testador ni en el instituído, que se deriven de la disposición testamentaria, ni relación jurídica de ninguna clase, sino una mera manifestación de la voluntad, que si bien no puede merecer en justicia la denominación de proyecto que Ferreira le atribuía, no es susceptible, sin embargo, de surtir efecto jurídico alguno en el instante de su otorgamiento, ni con poste-

rioridad á él, hasta la muerte del testador. Acto civil importantísimo, uno de los más transcendentales de la vida; pero acto al fin, y este es el nombre con que le distingue propiamente el Código.

Autor hay también que, prescindiendo del derecho positivo y examinando con un criterio puramente especulativo el concepto que al legislador debe merecer el testamento, estima que en la definición de éste debe siempre hacerse constar, como antiguamente, que es el acto en que una persona instituye heredero, cuya institución entiende que es la verdadera esencia del testamento.

Podrán ser válidas, dice, otras manifestaciones de última voluntad en que se disponga de parte de los bienes para después de la muerte ó en que se haga nombramiento de tutor ó alguna revelación de naturaleza íntima, como el reconocimiento de un hijo natural; pero una cosa es que se reconozca validez á esos actos de última voluntad que no contengan institución de heredero, y otra muy distinta que á dichos actos se les considere como testamentos: pues á juicio de dicho autor, les falta, para merecer el nombre de tal, el requisito esencial característico é imprescindible de la institución.

Mas el Código, al definir el testamento en el artículo que comentamos, tenía que referirse á las prescripciones del derecho positivo, y como desde la ley única del tít. 19 del Ordenamiento del Alcalá, la necesidad de la institución desapareció, siendo válido el testamento, aunque no se instituyere heredero ó no aceptare el nombrado, no podía incluirse en la definición como nota característica de su objeto la necesidad de dicha institución.

Por las indicaciones precedentes se ve que, en general, carecen de base ó de sólido fundamento las censuras y los cargos deducidos contra la definición contenida en este artículo, y no se explica tan detenida é insistente impugnación cuando comparada dicha definición con la que daba nuestro antiguo derecho (1), no existe, en realidad, gran diferencia: pues en la legis-

---

(1) La ley 1.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª

lación de Partida no se hablaba de esas cualidades que se echan de menos en la definición, ni se expresaba tampoco que pudieran tener ctro fin las disposicienes del testador.

En los demás Códigos extranjeros se ven definiciones análogas, que presentan el testamento como un medio de transferir la propiedad, y todos, hasta el de la República Argentina, que es el que más sigue las antiguas huellas del derecho romano, le consideran como un acto natural de la vida, que, expresado con más ó menos solemnidad, sirve para transmitir la propiedad, ó como un medio de disponer de los bienes para después de la muerte, y esta uniformidad de criterio demuestra cuán infundados son los cargos repetidos que se han formulado contra el precepto de este artículo.

Discuten también los tratadistas acerca de la verdadera naturaleza jurídica del testamento. Unos opinan que constituye un verdadero contrato; otros, que tiene los caracteres de una obligación condicional, y otros, una donación, aunque á veces puede ser forzosa y no nacida de pura liberalidad, sino impuesta por la ley. Pero los términos de la definición consignada en el presente artículo bastan para comprender el carácter jurídico y la esencia de dicha institución. Según ellos, el testamento, no es un contrato, ni una obligación condicional, ni una verdadera donación, sino puramente un *acto* de la voluntad, como dicha definición expresa, mediante el cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte.

De los términos de la definición dada por el Código resultan clara y patentemente las siguientes notas características del testamento: 1.ª, es un acto de la voluntad, y por lo tanto, tiene que ser libre y espontánea determinación de ésta, sin que en su otorgamiento medie violencia, dolo ó fraude; 2.ª, es un acto personalísimo del testador, y así se deduce, al decir que por dicho acto *una persona dispone de todos sus bienes ó de parte de ellos,* puesto que dichos términos excluyen la posibilidad de que el testador disponga de los bienes de otro; 3.ª, es revocable como consecuencia de ser acto de la voluntad, la cual, como libre, puede

cambiar hasta la muerte del testador; 4.ª, éste no se desprende desde luego de los bienes, porque la disposición hecha sobre los mismos es para después de su muerte, y 5.ª, puede ser general ó parcial dicha disposición, porque, según el art. 658, puede morirse parte testado y parte intestado. De dichas notas hemos de ocuparnos nuevamente después de examinados los artículos de esta sección, en que las mismas tienen su natural desarrollo.

Tiene sus precedentes históricos este artículo en la ley 1.ª, título 1.º de la Partida 6.ª, que definió el testamento con elocuente concisión. Los proyectos de 1851 y 1882 propusieron, en sus arts. 555 y 662 respectivamente, definición análoga á la consignada en el que comentamos, y éste concuerda con el 759 del Código de Italia y 895 del de Francia, si bien los dos agregan la expresión de ser revocables, y además con el 999 del de Chile, 1739 del de Portugal, 766 del de Guatemala, 741 del de Uruguay, 1445 del de la Luisiana, 922 del de Holanda, 3607 del de la República Argentina, 815 del de Nápoles, 3374 del de Méjico y 864 del de Veracruz.

ARTÍCULO 668

El testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

Al comentar el art. 660 nos hicimos cargo de las prescripciones de este artículo, en el que ha quedado confirmado de una manera terminante, el principio establecido ya en la ley única, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, conforme al que no es necesaria la institución de heredero para la validez del testamento, puesto que, según dicha ley ordenó y el Código confirma, puede el testador disponer de todos sus bienes á título de legado.

En dicha ocasión expusimos las diferencias que distinguen

al heredero del legatario, y por lo tanto, á la herencia del legado, así como las dudas que podían suscitarse respecto de la apreciación jurídica de las diversas disposiciones del testador, y la cuestión que vino á resolver el Código con el precepto consignado en el párrafo 2.° de este artículo.

Esta solución tiene importancia suma por las consecuencias que en otro caso podía entrañar, para la efectividad de los derechos y obligaciones, la posible subsistencia de las dudas y de las controversias que antiguamente solían suscitarse sobre si debían considerarse hechas á título de herencia ó de legado las disposiciones del testador, en el caso de que éste no precise ó determine el concepto en que hubiere de sucederle el favorecido por dichas disposiciones.

La ley 6.ª, título 3.°, de la Partida 6.ª, que constituía la legislación vigente á la publicación del Código, no señalaba fórmula determinada alguna para la institución de heredero, y sólo por vía de ejemplo presentaba varias de ellas, concluyendo por inspirarse en un espíritu análogo al del artículo que comentamos, pues declara que, aun en el caso de que *fallasen escripto fulan sea et non fuere hi puesto mio heredero, valdríe et testamento.* Mientras imperó el romanismo en nuestro derecho, como la institución de heredero era indispensable y ésta había de ajustarse á fórmulas, solemnidades y reglas previamente establecidas por el legislador, no era tan frecuente la duda ni tan fácil la controversia; pero desechado el ritualismo antiguo, y con él la necesidad de la institución, la cuestión indicada surgió con gran transcendencia é importancia, y de aquí la precisión de que por el legislador se establecieran reglas precisas para resolver dichas dudas, y á ese objeto obedece el precepto del párrafo citado.

Se ha creído por alguno de los comentadores del Código que dicho artículo no ha venido á llenar necesidad alguna en la práctica, siendo completamente redundantes é innecesarias las prescripciones que contiene, porque á su juicio, la primera de ellas, ó sea la establecida en su párrafo 1.°, se halla virtualmente com-

prendida en el art. 660, y la segunda sólo constituye una regla de interpretación de la voluntad testamentaria, que está sancionada en el art. 675. Pero del estudio reflexivo de sus disposiciones, hecho sin prejuicios ni apasionamientos de crítica, claramente se deduce la razón jurídica y el fundamento lógico de cada una de ellas.

En efecto; el art. 660 había definido al heredero y al legatario, y por los términos del mismo podía venirse en conocimiento de lo que debía entenderse por título universal ó de herencia, y por título singular ó de legado; pero de su precepto no resultaba, ni podía resultar, si el testador estaba ó no facultado para elegir cualquiera de esos medios al disponer de la totalidad de sus bienes, ó si dicha facultad habría de sufrir limitación alguna; y á proveer sobre ello vino el párrafo 1.º del artículo que examinamos, estableciendo categórica y terminantemente, para evitar toda duda sobre ello, que el testador puede disponer de sus bienes á título de herencia ó de legado.

Este precepto es consecuencia de otro principio establecido por el Código en su art. 764, al tratar de la institución de heredero, que era el lugar adecuado para ello, y de este modo claramente se manifiesta el orden armónico que sirve de base al sistema seguido por dicho cuerpo legal, en el que mutuamente se enlazan y completan dichos preceptos.

Según dicho art. 764, el testamento es válido aunque no contenga institución de heredero, y como no es necesaria ya dicha institución á virtud de esa disposición, ni queda limitada por ella en la más mínima potestad del otorgante, fácilmente se comprende, como deducción necesaria de tal principio, que el testador puede libremente disponer de todos sus bienes, no sólo á título de herencia, sino también por vía de legados, siempre que no exista heredero en todo ó en parte de su herencia.

Como hemos dicho ya, esto constituye una derogación de la doctrina romana, pues en aquella legislación no se concebía el testamento sin la institución de heredero, aun en los tiempos en que más se relajó el rigorismo del primitivo derecho. Era el he-

redero el continuador de la personalidad del difunto; personalidad que le era transmitida íntegramente, no admitiéndose subdivisiones en ella, y por eso no cabía en aquella legislación la sucesión sin la existencia de heredero, ni que por título singular dispusiera el testador de la totalidad de sus bienes. El Ordenamiento de Alcalá, partiendo de principios opuestos, proclamó, no sólo la validez del testamento en que no hubiere sido hecha esa institución, á que tanta importancia se daba en nuestro antiguo derecho, que en el proemio del tít. 3.º de la Partida 6.ª llegó á considerársele como la raíz y fundamento de la disposición testamentaria, sino hasta la eficacia de aquellas en que el heredero no hubiere aceptado la herencia. Dicha ley tuvo su complemento en las de Toro y en la Novísima Recopilación, y en sus disposiciones, confirmadas por la jurisprudencia, se ha inspirado el Código en este punto, con arreglo á la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888.

Como, á virtud de él, nuestro actual sistema sucesorio no descansa en la ficción romana, sino en el respeto á la voluntad libre del testador, puede éste, sin limitación de ningún género, disponer libremente de sus bienes á título de herencia ó de legado, Esto debe entenderse sin perjuicio de los derechos legitimarios, los cuales tienen que quedar á salvo para los herederos, transmitiéndose éstos siempre á título de herencia, y en dicho caso el precepto indicado debe entenderse en relación con la parte libre de que puede disponer el testador.

En cuanto á la disposición del párrafo 2.º del artículo, ya hemos dicho la razón que la motiva y la importancia que tiene, no siendo menos necesario su establecimiento. El derecho romano, y más aún las Partidas, habían seguido la misma tendencia y sentido la misma necesidad, lo que demuestra el error en que se incurre al estimar como una verdadera redundancia las prescripciones contenidas en cada uno de los párrafos que comprende este artículo.

La jurisprudencia tenía declarado también que era válida la institución de heredero, aunque en ella no apareciese el nombre

del instituído, siempre que el testador hubiera expresado su intención de manera que fuere imposible dudar acerca de la persona á quien se referían sus palabras, y este mismo criterio es el que ha seguido el Código, si bien ampliando y esclareciendo la doctrina para evitar erróneas inteligencias.

Según dicho precepto, en caso de dudarse si el testador ha dispuesto de sus bienes á título de herencia ó de legado, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto. Es decir, que la norma ó la regla adoptada para la resolución de la duda, es la intención del testador, que habrá de deducirse del tenor del mismo testamento, ó depurarse por los principios generales que más adelante hemos de exponer para la inteligencia é interpretación de las últimas voluntades.

Al comentar el art. 660 indicamos las ventajas del criterio seguido en este punto por el presente, así como el medio de depurar la intención del testador, según el título, *universal* ó *singular*, por el que fuera hecha la disposición origen de la duda; para evitar innecesarias repeticiones, damos aquí por reproducido lo entonces dicho. Cuando el testador no haga institución de herederos é invierta todo su caudal en mandas ó legados por no existir derechos legitimarios que deban ser con preferencia atendidos, pueden ocurrir diversos casos, que conviene examinar por separado, aunque han de tener más completo estudio en posteriores artículos del Código.

Cuatro son los casos que pueden ocurrir, á saber:

1.º Que el testador invierta todo su caudal en legados á favor de personas determinadas.

2.º Que dichos legados estén constituídos en favor de personas indeterminadas ó inciertas.

3.º Que la institución fuere hecha en beneficio del alma del testador; y

4.º Que éste llame al goce de sus bienes á los pobres en general.

En el primero de dichos casos, si bien los legatarios no adquieren la cualidad de herederos ni pierden su condición jurídica por la no existencia de ellos, como hemos dicho en otra ocasión (1), contraen, sin embargo, determinadas obligaciones propias de éstos, pues según el art. 891, deben prorratearse en dicho caso las deudas y gravámenes de la herencia entre los legatarios, á proporción de sus respectivas cuotas, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

Admitida por el Código la posibilidad de que el testador distribuyese toda su herencia en legados, se impuso la necesidad de establecer un medio de impedir y hacer imposible el caso de que un deudor de mala fe defraude á sus legítimos acreedores no instituyendo heredero, que es el que debe pagar las deudas y responder de las obligaciones de su causante. No existiendo heredero no habría persona determinada contra la cual pudieran dirigir su acción los acreedores, si no se introducía esta modificación precisa en los principios tradicionales de nuestro derecho; y para que no quedaran por ese modo burlados derechos tan respetables, se adoptó la declaración que constituye el precepto del citado artículo, mediante el cual tendrán ya los citados acreedores expedito el medio de hacer prevalecer sus reclamaciones. Los acreedores hipotecarios podían recurrir contra la finca gravada por la hipoteca; pero los que no gozaban de dicha garantía, perdidos é ineficaces hubieran visto sus créditos si no se hubiera adoptado le resolución justa de distribuir las responsabilidades de la herencia entre los que venían á disfrutar de ella. Pero esta es la única consecuencia que produce el artículo citado y la distribución de todos los bienes en legados, pues por la responsabilidad indicada no adquieren ni pueden adquirir los favorecidos por ellos la cualidad de herederos ni la personalidad y representación del finado en cuanto al ejercicio de sus derechos.

Estos legatarios, como todos, pueden á su vez ser gravados

(1) V. págs. 328 y 329 de este tomo.

con mandas y legados, con arreglo al art. 858, pero no estarán obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado, con lo cual se ha reproducido la doctrina admitida ya por la ley 3.ª, tít. 9.° de la Partida 6.ª

En el segundo caso la disposición será nula, con arreglo al artículo 750, si estuviere hecha en favor de persona incierta, á menos que por algún evento pueda resultar cierta. Conviene tener en cuenta que no basta que se omita el nombre del instituído para que se le tenga por persona incierta y se anule la institución, pues según el precepto contenido en el párrafo 2.° del artículo 772, si el testador designó al favorecido de modo que no pudiera dudarse quién era, valdría la institución hecha en tales condiciones. Lo mismo tenía establecido desde un principio la antigua jurisprudencia (1) al explicar el sentido de la ley 6.ª, tít. 3.° de la Partida 6.ª, tantas veces citada, por cuya jurisprudencia se declaró que no era necesario designar por su nombre al heredero (y lo mismo debe decirse del legatario, por ser idéntica la razón de derecho), siendo suficiente que el testador lo determine de una manera que no ofrezca dudas.

Si la disposición fuere hecha genéricamente en favor de los parientes del causante, tampoco podrían ser considerados éstos como personas inciertas, aunque no se expresasen sus nombres ni ser anulada la institución, debiendo, en dicho caso, entenderse hecha en favor de los más próximos en grado, según terminante declaración del art. 751, de acuerdo también con la jurisprudencia constante de los tribunales, que tenía establecida la doctrina de que, siendo la voluntad del testador la ley suprema en la materia, no debe interpretarse de suerte que se extreme hasta el punto de viciar la intención del testador (2), lo cual sucedería si, habiendo manifestado éste la voluntad de que pasara la herencia á sus parientes, quedaran éstos sin disfrutarla por falta de expresión de sus nombres, siendo así que la cuali-

(1) V. sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1857.

(2) V. sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1854.

dad de parientes es fácil comprobarla después; y por los motivos tenidos en cuenta en la sucesión intestada, hay que considerar como llamados con preferencia á los más próximos.

Persona incierta, como decía el derecho romano, en que tiene sus precedentes dicho art 750, es aquella de que no se hubiere formado una noción precisa el testador; y persona desconocida, aquella que es ignorada, ó de la que no tenga conocimiento, de las cuales, según decía la Instituta, *numquam testator vidit heredes institui possunt*. En su consecuencia, la circunstancia de no conocer el testador á los parientes, así como á las demás personas favorecidas por su disposición, no es obstáculo para la validez y subsistencia de la misma.

En el tercer caso, pueden ofrecerse dos supuestos distintos, según que hubiere designado el testador determinadamente los sufragios ú obras piadosas en que hubieren de invertirse sus bienes, ó hubiere hecho la disposición en beneficio de su alma de un modo indeterminado y sin especificar la aplicación que debiera darse á la herencia.

Por el primero de estos supuestos no puede ofrecerse duda alguna; los albaceas nombrados, ó los que, en su caso, hubieran de nombrarse, cumplirían la voluntad del finado, con sujeción estricta á los términos de la misma, en cuanto no fueren incompatibles con las leyes ó con la moral.

En el segundo, si el testador dispusiere de todos sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación (y lo mismo en el caso de que la disposición hecha en estos términos se limitase á parte del caudal hereditario), los albaceas deben vender, conforme al art. 747, los bienes así dejados y distribuir su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia.

De este modo se ha introducido una novedad importantísi-

ma, sin precedente alguno en nuestra legislación, puesto que no pueden entenderse como tal las especiales prescripciones relativas á mandas forzosas que se registraban en nuestro antiguo derecho, y que, como es sabido, se referían á una escasa parte de la herencia, teniendo lugar en todas las sucesiones y aun con independencia de la voluntad del finado.

Finalmente, en el cuarto de los casos citados hay que hacer aplicación del precepto del art. 749; según él, las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

En nuestra antigua legislación, la ley 20, tít. 3.º de la Partida 6.ª, declaraba que en el caso de establecerse por herederos á los pobres de una ciudad ó villa, se distribuyeran los bienes entre los que se hallasen en los hospitales de los indicados puntos, y especialmente los que por sus enfermedades no pudieran salir á implorar la caridad pública; pero si no se designaban los pobres de la ciudad, la herencia debía repartirse entre los pobres del lugar en que fué hecho el testamento.

Para evitar confusiones conviene advertir, como en el caso segundo, que la prevención del art. 750 no se refiere á las personas desconocidas del testador, pero que son ciertas, como sucede en las disposiciones hechas en general á los pobres, por las mismas razones que indicamos entonces respecto de los parientes.

También podría encontrarse algún precedente en la ley 5.ª, título 10 de la Partida citada, en cuanto á las personas que deben hacer la distribución á falta de albaceas; pero las prescripciones de dicho art. 749 son tan claras y explícitas, que no requieren un detenido estudio de nuestro derecho anterior para formar concepto de su espíritu ó de la intención del legislador.

Según el mismo, la calificación de los pobres y la distribución de los bienes, se hará por la persona que el testador haya designado, ó en su defecto, por los albaceas, y si no los hubiere, por el párroco, el alcalde y el juez municipal, los cuales resolve-

rán por mayoría de votos las dudas que ocurran. Esto mismo debe hacerse cuando el testador hubiere dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

La razón y la causa de estas reglas, así como las relativas ó la inversión de los bienes cuando el testador dispone de la herencia totalmente en beneficio de su alma sin especificar la aplicación que haya de darse á sus bienes, están en las tendenciar más ó menos favorables á la libertad de testar que va apoderándose de todos los Códigos modernos y sus preceptos, y vienen á suplir una deficiencia de la anterior legislación.

Podrá discutirse tal vez la oportunidad de su planteamiento; podrá quizás considerarse prematura la solución adoptada, por falta de preparación en las costumbres y en las entidades á quienes se confía la distribución de la herencia en tales casos; pero lo que no puede negarse es que, cumpliéndose bien y fielmente dicha misión con arreglo á la recta conciencia que la ley ha buscado y ha creído encontrar en esas entidades, se habrá conseguido un bien en cuanto tiende y puede contribuir á hacer cesar la indeterminación propia de esas clases de ordenaciones.

A primera vista parece existir palmaria contradicción entre las prescripciones citadas y las que prohiben los heredamientos de confianza y fideicomisos, así como cierta pugna con el 670. Así lo ha entendido un comentarista, alegando, en apoyo de ese supuesto, que en estas disposiciones indeterminadas su ejecución en cada caso viene á traducirse en una verdadera disposición testamentaria, y priva á ésta del carácter personalísimo que preceptúa dicho artículo al prohibir que se deje su formación en todo ó en parte al arbitrio de un tercero, ó que se hagan por comisario ó mandatario, y al ordenar igualmente que no podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hubieren de suceder cuando sean instituídos nominalmente. Pero examinadas con detención dichas prescripciones, en concordancia con otras del Código, y entre ellas la

del art. 671, complemento del anterior, desaparece la contradicción y la pugna indicada.

Otra cuestión sugiere el estudio de los casos 2.º y 4.º, antes citados, en cuanto se refiere á la forma de la distribución de los bienes. En efecto, la ley de Enjuiciamiento civil, en el tít. 11 de su libro 2.º, estableció un procedimiento especial para la adjudicación de bienes á que estuvieran llamadas varias personas sin designación de nombres, disponiendo en el art. 1101, primero de dicho título, que ese procedimiento se observara para hacer la declaración de herederos y la adjudicación cuando un testador hubiere ordenado que el todo ó parte de sus bienes se distribuya entre sus parientes hasta cierto grado, entre los pobres ó entre otras personas que reuniesen ciertas circunstancias, pero sin designarlas por su nombre.

Esto sentado, al disponer el art. 749 del Código, como hemos dicho, que la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se haga por las personas que designa, ¿ha derogado lo establecido por la ley de Enjuiciamiento civil en el art. 1101 citado?

Nuestra opinión es que el Código no ha derogado, *pero sí modificado en parte*, las disposiciones de dicho título de la ley de Enjuiciamiento, y combinándolas con las del Código, debe entenderse que cuando el testador haya prohibido la intervención judicial, el juez ha de abstenerse de conocer; pero si no la hubiere prohibido, deberá admitir la demanda para el efecto sólo de convocar por edictos á los que se crean con derecho á los bienes, y celebrada la junta, pasará los autos á la persona ó personas designadas en el art. 749 del Código, tantas veces repetido, para que hagan la calificación y la distribución de los bienes (1).

La importancia de las cuestiones que pueden suscitarse en

---

(1) Véase como complemento de lo dicho respecto de este extremo, la obra titulada *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, por D. José María Manresa y Navarro; tomo 4.º, páginas 567 y siguientes.

cada uno de los casos citados, nos ha obligado á indicar ligeramente en este punto las consecuencias jurídicas, de los mismos sin perjuicio para completar el estudio del presente artículo, de que hayan de ser objeto de más detenido examen, según queda dicho, al comentar los artículos citados.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Febrero de 1903, cuando el testador lega y manda el tercio de todos sus bienes, derechos y acciones, claramente indica que, en cuanto á ese tercio, impone un legado, y no instituye en el heredero. El legado de parte alícuota de la herencia no está prohibido en el Código civil.

Cuando el testador lega sin expresar la cosa ó cantidad legada, ha de entenderse no hecha la disposición. (Sentencia de 11 de Noviembre de 1908.)

Análogos preceptos contenían los artículos 556 del proyecto de Código de 1851, y 663 del de 1882; y comparado el que comentamos con las principales legislaciones extranjeras, concuerda con el 760 del Código de Italia, con el 742 del de Uruguay, con el 967 del de Francia, el 866 y 867 del de Veracruz, el 3369 del de Méjico, el 3232 del de Baja California y el 3306 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 669

No podrán testar dos ó más personas mancomunadamente, ó en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.

En la reseña histórica que hicimos en la introducción con que encabezamos el estudio del tratado de sucesiones, quedó expuesta ya la doctrina mantenida por nuestro antiguo derecho acerca de los testamentos mutuos, de mancomún ó de hermandad, á que se refiere el precepto de este artículo, y no es necesaria mayor exposición, toda vez que se trata de una forma de

testar que con plausible acierto y con razón sobrada ha desaparecido, á partir de la publicación del Código.

Admitida por el Fuero Real (1), pero sólo entre marido y mujer que no tuvieren sucesión, las Partidas declaráronla nula y sin valor alguno, para que ninguno de los otorgantes *non aya ocasion de trabajar de muerte del otro por razon de heredarle lo suyo* (2); reservándola, sin embargo, en favor de los que fueren caballeros y hubieran de entrar en batalla ó en alguna *hazienda;* pero el uso extendió y autorizó tan profusamente su empleo, que el abuso hizo conocer bien pronto los inconvenientes que en la práctica ofrecía, por las cuestiones y litigios que frecuentemente originaba. El Tribunal Supremo tuvo en muchos casos que resolver dichas cuestiones, las más de ellas motivadas por las dudas que acerca de su revocabilidad se suscitaban; pero, ni la jurisprudencia, ni el celo constante de los Tribunales, pudieron evitar las injustas desigualdades que resultaban en el cumplimiento de la institución recíproca de los testadores, ni impedir los abusos á que se prestaba. Y el Código, respondiendo con energía á las censuras de los tratadistas y á las quejas de la opinión profesional, unánime en este punto, ha suprimido dicha forma de testar, ampliando la prohibición al caso en que se utilice en beneficio de un tercero.

Estos testamentos, mezcla informe de disposición *mortis causa* y de contrato, como en ocasión solemne le llamara un profesor distinguido, eran incompatibles con el principio de la revocabilidad esencial en materia de sucesión testada, y escasísimas ventajas podían ofrecer á cambio de los muchos inconvenientes que producían, por la confusión posible de los patrimonios, por la falta de espontaneidad de alguno de los otorgantes y por los peligros de fáciles sugestiones, y aun de evidentes captaciones, especialmente en los otorgados entre marido y mujer, en que á menudo solía haber una víctima de la seducción y del engaño.

---

(1) V. ley 9.ª, tít. 6.º, libro 3.º

(2) V. ley 35, tít. 11 de la Partida 5.ª

La ciencia condena el procedimiento, y no faltaron notarios entendidos que se negaron á autorizar tales actos, instruídos por la experiencia de que el cónyuge más enérgico imponía de ordinario su voluntad ó su capricho al más débil, faltando así en alguno de los otorgantes la necesaria libertad para disponer de sus bienes por el predominio que el otro ejerciera en su ánimo.

Tan escandalosos abusos, y las repetidas protestas que los mismos arrancaban, no podían pasar desapercibidos á la Comisión redactora del Código, y dando satisfacción cumplida á ellas, derogó para en adelante esta clase de testamentos. Pero la regla 2.ª de las disposiciones transitorias del mismo dejó subsistentes los otorgados en dicha forma bajo el imperio de la legislación anterior, con las limitaciones que más adelante expondremos; y, por lo tanto, interesa conocer las prescripciones del antiguo derecho, puesto que en la práctica, y en la diaria labor de los tribunales, pueden presentarse aún á la resolución de los mismos algunas disposiciones otorgadas en dicha forma.

Para ello bastan las indicaciones que con tal objeto expusimos en las páginas 213 y 214 de este tomo, y que damos aquí por reproducidas; pero debe tenerse en cuenta que, según la disposición transitoria citada, la revocación ó modificación de dichos testamentos, ó de cualquiera de sus cláusulas, que haya de tener lugar después de regir el Código, ha de hacerse testando con arreglo al mismo, puesto que éste es un acto jurídico ocurrido bajo el régimen de la nueva legislación.

La generalidad de los Códigos establecen la misma prohibición que el artículo que examinamos. Sin embargo, el Código austriaco, en su art. 583, admite el testamento mutuo ó de mancomún, aunque sólo entre esposos, y el de Sajonia, art. 2196, lo establece para todos los casos, pero con la condición de que haya de ser otorgado ante el juez, ó por escrito.

Discuten los autores el alcance de este artículo, y si con arreglo á su precepto pueden ó no prosperar los testamentos mutuos otorgados en actos distintos, instituyéndose recíprocamente los testadores. A este propósito, Rogron, comentando el

art. 968 del Código francés, recuerda el caso en que dos personas otorgaron sus testamentos ológrafos en un mismo pliego de papel, en los mismos términos y con instituciones recíprocas, estando extendido uno en una cara y el otro á continuación en la siguiente, y cita la sentencia recaída en él, la cual consideró eficaces los dos testamentos indicados, fundándose en que cada uno tiene existencia propia é independiente; pudiendo por su separación, ser revocado cualquiera de ellos con independencia del otro. La generalidad de los comentaristas que han tratado esta cuestión opinan del mismo modo, entendiendo que la prohibición del artículo citado se refiere al testamento hecho por varios *en un solo acto*, ó sea conjuntamente en una misma disposición testamentaria. Ferreira, el autorizado comentador del Código civil portugués, examina también la sentencia citada por Rogron, y censura el fallo dictado calificándolo de sofístico y de contrario al espíritu de la ley.

Hay que tener presente en estos casos, y en los análogos que puedan presentarse, que el Código no prohibe el testamento hecho simultáneamente, para que testando por separado pueda cada acto adquirir la revocabilidad que en otro caso no tendría, al menos mientras subsistieran los otorgantes, pues muerto uno de ellos, ya sabemos que el sobreviviente podía revocar la parte que afectase á sus bienes; sino que el fin principal perseguido por todas las legislaciones es evitar el influjo, la sugestión y aun la coación que en uno de los otorgantes pudiera ejercer la presencia del otro privándole de la necesaria libertad para disponer de sus bienes con arreglo á los apremios de su voluntad; y esto no se consigue con sólo exigir que cada uno manifieste en papel distinto su disposición en las mismas condiciones y en idénticas circunstancias en que hubiera de llevarse á efecto el testamento de común. Por lo tanto, para que surtan efectos esos testamentos recíprocos hechos en actos distintos, conviene que cada uno de éstos se otorgue sin la presencia del favorecido, para que el otorgante pueda espontánea y libremente manifestar su voluntad.

Otra cuestión puede suscitarse en el estudio de esta clase de testamentos en orden al derecho interregional y al internacional. En efecto; al ocuparnos de la capacidad para testar con relación á las legislaciones forales, vimos que en algunas de ellas estaba permitido el testamento de mancomún ó de hermandad, y como el art. 12 declara que la publicación del Código no producirá alteración alguna en el régimen jurídico que á la sazón rigiera en las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, ya fuese escrito, ya consuetudinario dicho régimen, á excepción de las disposiciones que determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como las prescripciones del tít. 4.°, del libro 1.°, ó sean las relativas al matrimonio, se ha suscitado la duda de si podría otorgarse testamento en esta forma, después de empezar á regir el Código, por las personas sujetas á las legislaciones forales que la admiten.

Unos, entendiendo que sólo se trata de una cuestión de forma respecto á la extensión del testamento, opinan que sería válido el otorgado en dichas condiciones en territorio aforado, con arreglo al art. 11, puesto que, según él, las formas y solemnidades de los testamentos han de regirse por las leyes del país en que se otorguen, conforme al principio *locus regit actum,* sin que sea obstáculo para ello el precepto del art. 12, que, según dicen, sólo tiene por objeto regular la eficacia extraterritorial de las leyes, ora surja el conflicto entre la ley española y la extranjera, ora entre un precepto del derecho común y otro de derecho foral.

De esta opinión ha sido la Dirección general de los Registros (1), la cual tiene declarado, en cuanto á los efectos de la inscripción en el Registro de la propiedad, que es sobre lo único que puede resolver la misma, que en Aragón tienen eficacia y pueden válidamente otorgarse los testamentos mancomunados, con arreglo á la Observancia 1.ª del Fuero, libro 6.° *De testa-*

(1) Véase la resolución de dicha Dirección, fecha 28 de Octubre de 1894.

mentis, á pesar de la prescripción contenida en el art. 13 de este Código.

Otros, por el contrario, estiman que la cuestión no es de mera forma intrínseca, sino que se trata de una solemnidad esencial, siendo de interés público la prohibición contenida en el artículo que comentamos, por lo que es de todo punto imposible admitir la posibilidad de dichas disposiciones con posterioridad á la fecha en que empezó á regir el Código.

En cuanto al derecho internacional, también se han suscitado cuestiones respecto del alcance de preceptos análogos, estando en completo desacuerdo, en cuanto á su resolución, la jurisprudencia de los tribunales y las opiniones de los tratadistas. Pero el estudio, tanto de estas cuestiones como las que se refieren al derecho interregional, tienen su lugar adecuado en el comentario del art. 733, y para entonces reservamos su examen.

La prohibición del testamento de mancomún constituyen una de las más importantes reformas introducidas en el Código, en orden á la sucesión testada, y es consecuencia del principio iniciado en la definición del art. 667, y desenvuelto en el 670, de que el testamento es un acto individual ó personalísimo.

El proyecto de Código de 1851 establecía precepto análogo en su art. 557, siendo igual al que examinamos el 664 del proyecto de 1882.

Concuerda además dicho precepto con el art. 1003 del Código de Chile, el 968 del de Francia, el 761 del de Italia, el 968 del de Bélgica, el 809 del de Guatemala, el 1753 del de Portugal, el 743 del de Uruguay, el 977 del de Holanda, el 1566 del de la Luisiana, el 868 del de Veracruz, el 3383 del de Méjico, el 3246 de la Baja California, el 3618 del de la República Argentina y el 893 del de Nápoles.

ARTÍCULO 670

El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de

un tercero, ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente.

Este artículo entraña también otra de las reformas de nuestro antiguo derecho sobre sucesión testada más reclamada por la opinión, y ha venido á sancionar el principio que, como decíamos en el comentario del artículo anterior, aparecía iniciado ya en la definición del testamento, consignada en el art. 667, y que constituye uno de los caracteres esencialísimos y distintivos de dicho acto, según las modernas legislaciones.

Por dicho artículo han quedado prohibidos para en adelante los testamentos llamados por *comisario*, que, como su nombre demuestra, eran los otorgados por persona distinta del testador, en virtud de poder conferido al mismo con dicho objeto, cuando éste, siendo capaz para testar, no podía ó no quería llevarlo á efecto por sí. Por la circunstancia de ser requisito preciso el otorgamiento del poder correspondiente para que el comisario pudiera hacer el testamento por la persona que le hubiera conferido dicha potestad, conocíase también con el nombre de testamento por *poder*.

En la reseña histórica hecha en la introducción al presente título expusimos el cuerpo de doctrina constituído por nuestras antiguas leyes y por las declaraciones de la jurisprudencia, relativas á esta forma de testar, que hoy se halla derogada por el Código.

La legislación romana rechazó en absoluto esta clase de testamentos, por ser ocasionados á frecuentes fraudes, y, tanto en la ley 52, tít. 1.º, libro 25 del Digesto, como en las 32, 68 y 70, título 5.º, libro 28 del mismo Cuerpo legal, se encuentran repetidos preceptos, encaminados á prohibirlos, constituyendo, por lo tanto, una institución puramente nacional, aunque algunos creen encontrar su origen en un decretal de Inocencio III.

Generalmente se atribuye la causa del considerable desarrollo que en la legislación de Castilla tuvo el testamento por comisario á la institución de los mayorazgos familiares, conocidos ya en tiempo del Rey Sabio, según asegura Salazar de Mendoza en su obra *Origen de las dignidades de Castilla.* Y, en efecto; como los fundadores de dichas vinculaciones solían ser tan prolijos en la enunciación de las ramas llamadas á suceder y en la designación de otros muchos pormenores que hacían complicadísima la fundación, no es aventurado suponer que la dificultad en ordenar estas vinculaciones, hechas casi siempre en testamento, tanto más confusas y difíciles cuanto menor era la pericia de los testadores, hizo que fuera introduciéndose la costumbre de encomendar á personas competentes el otorgamiento de tales testamentos, y que, con el tiempo, llegara á considerarse tal costumbre como una necesidad que debieran regular las leyes.

Así es que nada de extraño tiene que aquel Monarca, creyendo atender á una verdadera exigencia de los tiempos y de las ideas dominantes en su época, permitiera los testamentos por comisario en la ley 7.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del Fuero Real, autorizando por ella á las personas que no pudieran ó no quisieran ordenar por sí su testamento, para que lo hicieran por medio de otro, y disponiendo que lo que éste hubiere ordenado valiera como si estuviese hecho por el mismo que le dió el poder. No necesitamos decir que los abusos se dejaron sentir bien pronto, pues con elocuencia suma lo demuestra el hecho de que el mismo, en las leyes 11, tít. 3.º, y 2.ª, tít. 9.º de la Partida 6.ª, se viera en la necesidad de establecer la limitación importantísima de que no pudiera encomendarse á un tercero el nombramiento de heredero, ni la ordenación de las mandas, bajo pena de nulidad, si bien todavía dejó al arbitrio del testador que en cuanto á los demás actos pudiera encargar al escribano que *fuese en busca de un hombre sabio* para que dispusiera por él su testamento. Las leyes de Toro, desde la 31 á la 39, insertas en el tít. 19, libro 10 de la Novísima Recopilación, si bien reconocieron que

esta forma de testar se hallaba expuesta á fraudes y engaños, la dejaron vigente, aunque restringiéndola y reglamentándola de nuevo, para evitar los abusos que á la sombra de la ley pudieran cometerse.

No pudo conseguirse este resultado á pesar de las repetidas declaraciones de la jurisprudencia, que procuraron inútilmente suplir las deficiencias de la ley, y la necesidad impuso como preciso remedio de tantos males la prohibición de esa facultad, tan incompleta con la esencia del testamento y tan contraria á los principios que rigen la sucesión testada.

El testamento, como expresión de la voluntad individual, tiene que ser un acto personalísimo, pues la voluntad no es delegable. Si merece respeto el testamento, como ha dicho un autor, es en cuanto el mismo emana del finado, por los vínculos de cariño, de afecto y de consideración que unen al heredero con el causante, y cualquier otro que en su lugar se colocase y en su nombre ordenara la disposición testamentaria del mismo, no se encontraría en igualdad de circunstancias que aquél. Por el contrario, los actos del comisario pueden ser discutidos, por no inspirar el respeto, la confianza y hasta la veneración que hemos indicado; y, lo que es peor aún, cabe que sean susceptibles de fundada impugnación por haberse dejado llevar de interesados estímulos en perjuicio de los herederos, en vez de inspirarse en los purísimos fines y en los estrechos deberes que debieran imponerle la confianza en él depositada y el respeto á la voluntad del testador.

Además, no existe una razón filosófica ó legal que justifique suficientemente la conveniencia, y menos la precisión de esta forma de testamento. Para dos casos le autorizaban únicamente nuestras antiguas leyes: cuando el testador no quisiera ó no pudiera hacerlo por sí. La primera causa no puede estimarse como motivo bastante dentro de los buenos principios científicos, pues estando establecidos en interés público los requisitos del testamento, y entre ellos la intervención personal del testador para evitar fraudes y perjuicios, no es razón legal alguna la volun-

tad del causante para privar á dicho acto del carácter personalísimo que la ley le otorga y que la conveniencia aconseja. Podrá la voluntad del testador influir para determinarle á testar ó no; pero una vez optado el primer medio, obligado viene á someterse á los preceptos de la ley, que no afectan sólo á su voluntad, sino al interés general, como hemos dicho.

En cuanto á la otra razón ó motivo determinado en nuestro antiguo derecho para la permisión del testamento por comisario, tampoco puede ser eficaz y suficiente, dado que para ello era necesaria la previa otorgación del poder que confiriera al comisario la facultad necesaria para llevar á efecto su misión, pues precisamente ese otorgamiento es la patente demostración de la inexactitud de la impotencia del causante para la ordenación de su testamento, porque del mismo modo que fué otorgado el poder, pudo realizarse la disposición testamentaria; con tanto más motivo, dice el autor citado, cuanto que en muchas ocasiones habría de ser al testador más fácil y menos molesto el hacer el testamento, que el determinar circunstanciadamente y con la precisión debida las facultades que debieran ser concedidas al comisario.

Además, si éste no ha de hacer otra cosa que ajustarse estrictamente á las instrucciones consignadas por el poderdante en el poder, huelga por innecesaria su intervención, toda vez que ya aparece manifestada en forma auténtica la voluntad del causante de la sucesión.

Las indicaciones precedentes bastan para comprender que ninguna defensa tiene el testamento por comisario, ni ante la ciencia, por ser contrario á los principios reconocidos y sancionados por la misma, ni aun ante la mera conveniencia ó utilidad, por los perjuicios que puede ocasionar sin ventaja alguna para el causante; hallándose sobradamente justificada por estas razones y por los abusos á que dió origen la prohibición consignada en el artículo que comentamos.

Como la regla segunda de las contenidas en los disposiciones transitorias declara válidos también los testamentos por co-

misario otorgados con anterioridad á la vigencia del Código, aunque con la limitación ya sabida de no poder hacerse derogación ó modificación en todo ó en parte de los mismos después de dicha época sino testando en la forma establecida en él, conviene igualmente conocer la legislación anterior respecto de la materia, para las resoluciones de las cuestiones que en la práctica puedan suscitarse. Para ello basta lo expuesto en la reseña histórica citada (1), sin que sea necesaria más amplia exposición de la misma.

Admitiendo algunas legislaciones forales y algún Código extranjero el testamento por poder ó por comisario, pueden ocurrir en cuanto á esta forma de testar las mismas cuestiones con relación al derecho interregional y al internacional, indicadas en el comentario del artículo anterior.

Las circunstancias, aunque parecen distintas, son iguales en uno y otro artículo, á pesar de no existir respecto de esta clase de testamentos una disposición análoga á la del art. 733, y debe ser extensiva á ambos la resolución que se adopte.

El Código no sólo declara que el testamento es un acto personalísimo, siguiendo en esto el camino que le trazaba el Código francés y algunas otras legislaciones extranjeras, sino que además de prohibir que se deje su formación en todo ó en parte al arbitrio de un tercero ó que se haga por comisario ó mandatario, dispone en su párrafo segundo, que tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituídos nominalmente.

La razón de este precepto es la misma que hemos indicado respecto del párrafo 1.°, y no tenemos por qué insistir en lo ya dicho.

Con ocasión del estudio de dicho segundo párrafo, ocúpanse algunos comentadores del Código en las dos siguientes cuestiones, que brevemente hemos de examinar.

---

(1) Véanse las págs. 214 y 215 de este tomo.

Con tal motivo se ha dicho: si no puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia ó insubsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ¿podrá hacerse depender de una condición potestativa puesta á un tercero la validez de la institución de heredero ó legado?

De contestarse afirmativamente á dicha pregunta resultaría que, contra la terminante prescripción citada, habría de quedar la eficacia y la subsistencia de la disposición testamentaria referida, en cuanto á dichos extremos, al arbitrio del tercero á quien se impusiera la condición potestativa, puesto que de su voluntad habría de depender el cumplimiento de la misma, y, por lo tanto, en vista de dicho resultado y de su contradicción con la ley, parece que debiera considerarse ineficaz esa condición, porque de lo contrario, quedaría siempre abierta la puerta al abuso y expedito el camino para burlar y eludir el precepto de que queda hecho mérito.

Por el contrario, Goyena, comentando el art. 558 del proyecto del Código de 1851, entiende que la disposición consignada en el párrafo 2.º de este artículo, guardando conformidad con el espíritu de las leyes romanas y patrias, permite hacer depender la institución del heredero ó del legado de una condición de esta clase. Cuando nos ocupemos de las condiciones que pueden imponerse al heredero y al legatario, examinaremos más detenidamente esta cuestión, bastándonos por ahora las indicaciones precedentes para que pueda formarse juicio de ella, sin necesidad de anticipar conceptos que corresponden á ulteriores disposiciones del Código.

La segunda de las cuestiones citadas se refiere al poder para testar, que, á pesar de la prohibición del artículo que comentamos, hubiere sido otorgado con todos los requisitos exigidos para la validez del testamento abierto, expresándose además en él la persona que haya de ser declarada heredera; y establecido este supuesto en los términos indicados, pregúntase si valdría dicho documento como testamento, ya que no pueda serlo como poder para testar.

El apoyo de la opinión favorable á la eficacia como testamento, se dice que el Código, si bien rechaza las memorias y cédulas testamentarias, no deja de atribuir valor á las mismas cuando éstas reunen los requisitos establecidos para el testamento ológrafo, y al disponer que valgan las que en dicho caso se encuentren y las que tales circunstancias reunan, lo hace, sin duda, por la razón potísima de que esos documentos así otorgados constituyen verdaderos testamentos aunque el testador les dé otro nombre; en cuya virtud, encontrándose en identidad de condiciones el poder para testar, otorgado en la forma indicada, es decir, cuando en él se consigne la última voluntad del otorgante con todas las solemnidades del testamento, entienden que debe ser extensivo á ellos el mismo criterio legal, toda vez que la razón de derecho es igual en ambos casos.

En el antiguo derecho, la ley de Toro autorizaba la solución en dicho sentido, puesto que por precepto expreso de la misma se establecía, que si pasado el término que con arreglo á ella había de concedérsele al efecto, no hacía el comisario lo que el poderdante le encargó señalada y determinadamente, designándole la persona del heredero ó cierta cosa determinada que había de llevar á efecto, se tuviera por hecho lo encomendado en el poder como si hubiese sido hecho ó declarado por el comisario.

Pero este precedente, á pesar de su claridad y precisión, no puede tener hoy una fuerza decisiva para la resolución de la duda, pues la anterior legislación, de la cual formaba parte la ley citada, permitía el testamento por comisario, de modo, que dentro de ella, cabía, sin dificultad alguna, que el poder otorgado para testar continuara surtiendo sus efectos por estar válidamente otorgado, sirviendo de testamento como expresión auténtica de la voluntad del causante, ya que el comisario no había hecho uso de él.

Mas en el derecho nuevo el poder para testar es nulo, con arreglo al art. 4.° y al 687, por estar otorgado contra la expresa y prohibitoria disposición del presente; y la infracción manifiesta que de sus preceptivas ordenaciones constituiría, entraña

con toda evidencia el concepto esencial de coerción, determinante de la nulidad. Y siendo nulo en su origen, desde el acto mismo de su otorgamiento, no puede surtir efectos jurídicos de ningún género, ni como tal poder para testar, ni como manifestación de la voluntad del otorgante, porque en ese caso se daría validez y eficacia á un documento que carecía de fuerza civil por razón de su nulidad.

Se ha dicho también en apoyo de la opinión antes impugnada, que á no ser por consideración á los términos en que se halla redactado el artículo que comentamos, ó estimándolo como sanción establecida para castigar á quien, á pesar de la prohibición de la ley, se obstina en otorgar un poder prohibido por la misma, no parece que haya razón fundamental alguna para no cumplir la voluntad del que dispuso solemnemente lo que quería que se hiciese después de su muerte. Claramente expresada la voluntad y cumplidos los requisitos exigidos por la ley para la regulación de las ordenaciones *mortis causa,* nada falta á dicho documento, á juicio de los que sostienen dicha opinión, para considerarlas como la última disposición de la voluntad del otorgante. Y si esa voluntad consta y reviste los requisitos legales, ¿con qué derecho y por qué motivo, añaden, va á dejar de ser cumplida?

Ya hemos dicho antes la razón legal que para ello existe. Los que pretenden la subsistencia y eficacia del poder como disposición testamentaria, olvidan que, con arreglo á la ley, es nulo y no puede surtir efecto alguno.

Este artículo se halla en relación con el siguiente y con el 830, á cuyos comentarios nos remitimos.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Noviembre de 1899, hace una importante declaración, al decidir que la institución en favor de herederos voluntarios con la obligación de estar y pasar por la partición practicada por el albacea contador, prohibiendo la intervención judicial, no impide á los herederos combatir la partición si en ella se contraviene la voluntad del testador, y que en su virtud se declare nula, porque las facultades de todo albacea se hallan limitadas por lo que expresa-

mente el testador ordena, no permitiendo el art. 670 esa invasión de facultades, y exigiendo lo mismo el art. 902 que el 1068 que no se contravenga ninguna disposición legal.

Véase el comentario del art. 1057.

Declara la sentencia de 16 de Junio de 1902 que, el señalamiento ó determinación de la cosa específica que debe constituir una mejora, debe considerarse como parte de un testamento, y no puede dejarse al arbitrio de un tercero, con arreglo á lo preceptuado en el art. 670, aunque ese tercero sea el mismo mejorado.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 1.º de Septiembre de 1902, declara en cambio que no es contraria al precepto contenido en el art. 670 del Código civil la facultad conferida por el testador á su albacea, para adjudicar determinados bienes al pariente más próximo, justificándose ante dicho albacea el parentesco para conocer la persona en quien concurre el mejor derecho á los bienes de la herencia.

El precepto del art. 670 no es aplicable á las donaciones entre vivos. (Sentencia de 5 de Agosto de 1907.)

Precepto análogo al del art. 670 estableció el 558 del proyecto de Código de 1851, y es en un todo igual al mismo el 665 del de 1882. Concuerda además con el 1740 del Código de Portugal, 651 del de Austria, 769 del de Guatemala, 1004 del de Chile, 774 del de Uruguay, 3376 del de Méjico, 977 del de Holanda, 1766 del de la Luisiana, 3619 del de la República Argentina, 869 y 870 del de Veracruz, 3238 y 3239 del de la Baja California, 1060 del de Colombia.

ARTÍCULO 671

Podrá el testador encomendar á un tercero la distribución de las cantidades que deje en general á clases determinadas, como á los parientes, á los pobres ó á los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas ó establecimientos á quienes aquéllas deban aplicarse.

Este artículo es una consecuencia del que le antecede, y constituye una excepción de su precepto, tanto más precisa y útil, cuanto que en determinados casos, como en los legados hechos en favor de los pobres en general, ó de los establecimientos de beneficencia, para que estos legados ó instituciones produzcan buen resultado y llenen los fines que el testador se propusiera al ordenarlos, conviene que su ejecución quede encomendado á persona que posea el conocimiento debido de las necesidades verdaderas de las entidades favorecidas, cuyo conocimiento no es probable pueda tener el otorgante, cuando por sus circunstancias esté alejado de la vida interna de tales institutos y de las necesidades de dichas clases.

Combinando este artículo con el anterior, fácilmente se comprende la razón y el alcance de cada uno de ellos, completándose ambas mutua y recíprocamente. En el 670 se establece en términos absolutos lo que no puede hacer el testador, y en el 671 lo que le es permitido ordenar por vía de excepción; y del enlace de ambos aparece que la razón á que obedece esa distinción, y la diferencia que existe entre uno y otro precepto, estriba en la circunstancia de haber designado ó no determinadamente el testador, por sus nombres, á las personas favorecidas con la herencia ó el legado, á fin de que no puedan en ningún caso ser dejadas sin efecto por un tercero las ordenaciones expresamente hechas por aquél.

Con ese objeto, en el primero de los artículos citados se prohibe que pueda hacerse depender del arbitrio de un tercero la subsistencia de las disposiciones hechas por el testador en favor de personas determinadas, ni la designación de porciones en que hubieren de heredar cuando hayan sido instituídas nominalmente, puesto que en esta forma va envuelta la voluntad acerca de la cosa ó porción determinada que hayan de recibir los instituídos, según los términos de su llamamiento; y, por el contrario, el segundo de dichos artículos se contrae precisamente al caso en que el otorgante no haya hecho la institución de heredero ó de legatario nominalmente, sino refiriéndose á clases

determinadas ó á ciertas corporaciones, institutos ó colectividades. Lo primero sería ir contra la voluntad manifiesta del testador; lo segundo es completarla, poniendo los medios para su provechosa ejecución, y esta es, como decíamos antes, la razón de la diferencia entre ambos artículos y el fundamento de sus respectivos preceptos.

Estas mismas indicaciones confirman cuanto dijimos acerca de una de las cuestiones que podían suscitarse con motivo de la inteligencia del art. 670.

Se recordará que al comentar dicho artículo expusimos que dos de los casos que podían ocurrir cuando el testador invertía toda ó parte de la herencia de legados, consistían en que el causante llamase al goce de la institución, no á personas determinadas, sino indeterminadamente á los pobres en general, ó hiciese la institución en beneficio de su alma, sin especificar los sufragios ú obras piadosas á que habían de aplicarse sus bienes. Entonces, al exponer las personas á quienes los arts. 747 y 749 encomiendan la distribución é inversión de los bienes citados, dijimos que á primera vista parecía existir contradicción palmaria entre las prescripciones de dichos artículos y la prohibición consignada en el 670, que parecía estar en pugna con las mismas; pero que esa pugna y esa contradicción desaparecían examinados con detención dichos artículos, en concordancia con otros preceptos del Código, y entre ellos el 671, complemento del anterior. Y en efecto: la explicación que hemos dado de la diferencia que existe en cuanto á la inteligencia de estos dos últimos artículos, demuestra la procedencia de la afirmación que en dicha ocasión hicimos, pues al disponer las personas llamadas en los artículos 747 y 749 la inversión de los bienes dejados con dichos fines, no van ni pueden estar en condiciones de ir contra la voluntad expresa y determinada del testador, dependiendo del arbitrio de los mismos, por tal motivo, la subsistencia de dicha voluntad, que es lo que ha tratado de impedir el art. 670, sino que, por el contrario, la completan y desarrollan convenientemente con objeto de que puedan conseguirse mejor los fines que inspi-

raran dicha voluntad y determinaran al otorgante á hacer su disposición en esa forma.

Los términos del precepto que examinamos son, además, tan claros y precisos, que ciertamente en la práctica no han de dar lugar á dudas ni dificultades. Tiene sus precedentes en la ley 3.ª, título 10, de la Partida 6.ª, que permitía al testador apoderar á su testamentario, para que éste, *segunt su albedrio, parta á pobres* los bienes que aquél no dejara á personas ciertas.

Con arreglo á este artículo es válida la disposición del testador por la que encarga á sus albaceas que recompensen, como mejor estimen, á las personas que le sirvieron, pues tal disposición no se opone al precepto del art. 670, y se halla autorizada por el que comentamos. Sentencia de 1.º de Diciembre de 1899.

Según declara la sentencia de 5 de Junio de 1906, el artículo 671, autoriza la institución de herederos en plena propiedad, pero con el encargo de conciencia en éstos de invertir bienes en fines benéficos, sin oposición de nadie, debiendo estimarse tales herederos propietarios de los bienes y no simples fiduciarios.

En el proyecto de Código de 1851 no existía artículo especial alguno análogo al presente, pero sí se hallaba comprendido el precepto en la excepción contenida al final del 558, al establecer que podría dejarse al arbitrio de un tercero el *repartimiento*, cuando la disposición comprendía á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados. En el proyecto de 1882 se consignó en su art. 666 análoga disposición que en el presente, y concuerda, además, éste con el 1740 del Código de Portugal, 774 del de Uruguay, 651 del de Austria, 3377 y 3378 del de Méjico, 3240 y 3241 del de Baja California.

Comparando el texto de este artículo con el de la primitiva edición del Código, se observará, que en la revisión llevada á cabo por virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, se hizo una pequeña alteración en los términos del mismo, sustituyendo la palabra *cometer*, que en el primitivo existía, por la de *encomendar*, que ahora se usa; pero dicha modificación no tiene impor-

tancia alguna, y sólo obedeció al objeto de remarcar con mayor precisión el concepto, por parecer más técnica y expresiva la locución empleada.

ARTÍCULO 672

Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio ó fuera de él, será nula si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.

En la reseña histórica de nuestro antiguo derecho en materia de sucesiones, expusimos oportunamente, que para la expresión de las últimas voluntades eran admitidas en la práctica, á más de los testamentos y codicilos, otras formas menos solemnes y privadas conocidas con los nombres de cédulas y memorias testamentarias, indicando de paso que en la actualidad carecían de aplicación práctica y de razón de ser dichas manifestaciones testamentarias, desapareciendo de hecho por haber exigido el Código para su validez, en el artículo que comentamos, la concurrencia de los mismos requisitos ordenados para el testamento ológrafo.

Desaparecida la razón de la diferencia que distinguía estas manifestaciones de la última voluntad del verdadero testamento, por la índole y el espíritu de la reforma introducida, perdieron su especial carácter las cédulas y memorias testamentarias, convirtiéndose en un nuevo testamento, por el que podía ampliarse, modificarse y aun ser derogado en todo ó en parte lo dispuesto en el anterior, cualquiera que fuese la forma en que éste hubiera sido otorgado; pues desde el momento que se les revistió de los requisitos precisos para los testamentos, equiparándolos á ellos en solemnidades y garantías, cesó en nuestro derecho la cuestión debatida con repetición por los tratadistas y que fué materia frecuente de declaración por la jurisprudencia, so-

bre si en las memorias citadas podía ó no hacerse institución de heredero ó modificar la ya hecha, y si tenían ó no fuerza y eficacia bastante para derogar el testamento previamente otorgado.

No hemos de repetir aquí las discusiones suscitadas sobre esas privadas manifestaciones de la voluntad. Nacidas por el uso y admitidas por la costumbre, fueron sancionadas por la jurisprudencia y por la ley de Enjuiciamiento civil, que al fin acabó por reconocerlas al establecer el procedimiento para su protocolización. Pero aceptado el testamento ológrafo por la nueva legislación, desapareció la razón que servía de fundamento y de justificación legal á las cédulas y memorias testamentarias, según tenemos ya dicho.

En el antiguo derecho, las dificultades con que luchaba la testamentifacción activa, aun después de la profunda reforma introducida en la materia por el Ordenamiento de Alcalá (1) y la Novísima Recopilación (2), por las solemnidades y requisitos exigidos para la extensión del testamento, autorizaron con justicia estas formas menos solemnes para la exposición de la voluntad del causante, si bien rodeándola de la precauciones convenientes para asegurar su identidad y autenticidad, á cuyo efecto había de hacerse expresión de ellas en el testamento, del cual arrancaban su fuerza, y tenían que ser protocolizadas ó elevadas á instrumento público mediante determinadas formalidades que debieran alejar sospecha de toda simulación. Pero, según hemos dicho, desaparecidas esas causas por la adopción del testamento ológrafo, como expresión válida y eficaz de la última voluntad, desapareció también la razón de su necesidad.

A pesar de las precauciones adoptadas por la ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia, para evitar los abusos á que se prestaban las cédulas y memorias testamentarias, no pudo conseguirse dicho resultado, y esto, unido á su falta racional de necesidad, determinaron el precepto del artículo que examina-

(1) Ley única, tít. 19.

(2) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. 18, libro 10.

mos, cuyo objeto, claramente demostrado por sus propios términos, es el impedir suplantaciones y fraudes, fáciles de llevar á cabo, haciendo desaparecer la ocasión de realizarlos.

Se ha dicho que mayor garantía de autenticidad ofrecía la jurisprudencia establecida con anterioridad á la publicación del Código, respecto de las memorias testamentarias, al exigir para su validez que se hiciera mención de ellas en el testamento, con expresión de los requisitos, señales ó circunstancias que habían de reunir, pues así, á la vez que se facilitaba la identidad, era más difícil la falsificación de las mismas; pero esto hubiera constituído una verdadera contradicción con el criterio seguido en cuanto al testamento ológrafo; pues dando á éste eficacia por las meras formalidades expresadas en el 688, no podía dejar de atribuírsela á aquellas cédulas ó memorias que reunieran dichos requisitos, prescindiendo de que se hiciera ó no mención de ellas en un testamento anterior.

El artículo que comentamos no prohibe en absoluto las cédulas y memorias testamentarias, como hace con el testamento de mancomún y con el testamento por comisario, sino que se limita á declarar nulas é ineficaces las disposiciones hechas en esa forma, que no reunan los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo. Esto presupone la validez y eficacia de aquellas que estén revestidas de dichas formalidades; pero si bien permite la subsistencia de éstas, no es con el carácter y efectos que les daba la antigua jurisprudencia, sino como un nuevo testamento, hecho con las formalidades del ológrafo, según hemos dicho ya.

No tiene validez una memoria testamentaria en la que falta el requisito esencial exigido en el art. 688, con relación al testamento ológrafo, de la expresión del año, mes y día de su otorgamiento. (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1900.)

La última indicación hecha basta para resolver otra cuestión, derivada de la naturaleza de dichas disposiciones. Tanto en el anterior orden legal como en el vigente, es condición precisa

para que surtan efecto las cédulas y memorias testamentarias, que éstas se eleven á instrumento público ó se protocolicen, según su clase. Para dicha formalidad, la ley de Enjuiciamiento civil tenía establecido en los títulos 6.° y 7.°, parte primera de su libro 3.°, el procedimiento que había de seguirse en cada uno de los casos. Pero igualadas al testamento ológrafo dichas manifestaciones de la última voluntad, en cuanto á los requisitos precisos para su validez, ha de emplearse para la protocolización de las mismas el establecido en los arts. 690 al 693 del Código, y no el ordenado en dicha ley, cuyos preceptos en este punto han quedado sin aplicación derogados virtualmente (1).

Conforme con el principio establecido como base de las disposiciones transitorias del Código, según el que no tendrán efecto retroactivo las variaciones introducidas en el mismo que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, y á la regla segunda de las consignadas en dichas disposiciones, surtirán todos sus efectos las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de empezar á regir dicho Código, si bien la revocación ó modificación de las mismas, ó de alguna de sus cláusulas, no podrá llevarse á efecto después, sino testando con arreglo al mismo. Se encuentran, pues, en igual caso que el testamento de mancomún y que el testamento por comisario, y debe ser extensivo á dichas memorias cuanto dijimos acerca de este extremo al comentar los arts. 669 y 670.

En corroboración de esta doctrina, se ha dictado la sentencia de 29 de Septiembre de 1900.

También debe serles aplicable lo expuesto en dicha ocasión, en cuanto á los conflictos que podían suscitarse en la esfera del derecho interregional, pues que en Aragón, Navarra y Cataluña son conocidas las memorias testamentarias en sus primitivas condiciones, según declaración expresa de la legislación foral por que cada uno de dichos países se rige, así como de la juris-

---

(1) Véase *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada*, por D. José María Manresa, t. 6.° pág. 389.

prudencia establecida por el Tribunal Supremo, y con tal motivo, puede darse el caso de que una persona sujeta á la legislación foral otorgue memoria testamentaria en las provincias aforadas ó en las de derecho común después de la vigencia del Código. Tratándose de la forma y solemnidades de la expresión de la voluntad del otorgante, las que se otorgaren en provincia de derecho común deben regirse por las leyes del país en que se otorgan, según el precepto del art. 11, que sanciona el principio *locus regit actum.*

Pudiendo subsistir las memorias testamentarias, según su anterior régimen, si hubieren sido otorgadas con anterioridad á la fecha en que empezó á regir el Código, ó con arreglo á la legislación foral, pueden aún suscitarse litigios y contiendas, cuya resolución deba ajustarse á la antigua doctrina, por cuyo motivo interesa conocer el estado de derecho á la sazón vigente; pero para ello bastan las indicaciones hechas en las páginas 219 y 220 de este tomo.

El precepto de este artículo es igual al del 560 del proyecto de Código de 1851 y al 667 del de 1882, constituyendo su disposición otra de las notas características del testamento: la de haber de ajustarse en su ordenación á las disposiciones legales correspondientes; pues de lo contrario, seria nulo, con arreglo al art. 687.

No tiene precedente alguno en nuestro antiguo derecho este artículo; pero comparado con otros Códigos extranjeros, resulta que concuerda con el 1471 del de Portugal, el 3620 del de la República Argentina, el 746 del de Uruguay y el 1002 del de Chile.

Este artículo se halla en relación con el 688, en cuanto éste determina los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, los cuales deben reunir las memorias y las cédulas testementarias para su validez y eficacia. Al comentar dicho artículo nos ocuparemos de tales requisitos, y á su comentario nos remitimos para evitar innecesarias repeticiones.

ARTÍCULO 673

Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

ARTÍCULO 674

El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido.

Siendo el testamento un acto de la libre voluntad del otorgante, por el que se dispone de todo ó parte de los bienes del mismo, desde luego se comprende que han de ser condiciones ó requisitos esenciales de dicho acto la libre y espontánea ocasión de la voluntad, así como la plena inteligencia, exenta de toda causa que pueda impedir la consciente determinación de la misma. Por lo tanto, desde el momento en que falte esa libertad y espontaneidad en la formación del testamento por haber mediado violencia, dolo ó fraude, desaparecerán del mismo las condiciones antes citadas, porque la violencia, causando coacción sobre la voluntad, la priva de la libertad necesaria para su expresión espontánea y exacta, y el dolo ó el fraude, haciendo incurrir en error á la inteligencia, vician también las determinaciones y juicios de la misma.

Por eso el primero de los artículos que comentamos declara nulo el testamento en que por dichos motivos no exista la libertad de acción en el testador. El fin perseguido por el legislador es que sin coacciones de ningún género en la voluntad, y con plena conciencia de sus actos por parte del testador, se transmitan los bienes de la herencia, y se hagan las demás ordenaciones que sean objeto del testamento.

Que la violencia, el dolo y el fraude vician la inteligencia y falsean la voluntad, es cosa tan fuera de duda, que hace innecesaria toda demostración, y como consecuencia de ello, han de

traer aparejada la nulidad de la disposición testamentaria que en tales condiciones hubiere sido hecha; pues no se concibe el testamento sin el libre y consciente ejercicio de la voluntad.

Cuando tratemos de los contratos y del consentimiento como requisito esencial de los mismos, tendremos ocasión de examinar las causas que le vician, y en tal concepto nos ocuparemos en los artículos correspondientes del dolo, del fraude, del error y de la violencia ó intimidación. Por ahora, nos basta indicar que los dos artículos que comentamos, y especialmente el primero de ellos, sólo se refieren á la violencia, fraude ó dolo, dejando los efectos del error para el art. 767, por no tener la generalidad que ellos.

Establecido por el art. 673 el principio de la nulidad absoluta de los testamentos que, contra la voluntad del testador, hubieren sido otorgados por violencia, fraude ó dolo, el 674 se hace cargo del caso contrario, ó sea, cuando por esos mismos medios se impida hacer testamento á quien tenga voluntad de otorgarlo, ó se le cohiba la libre expresión de su última voluntad. Si tales actos son ejecutados por el que tenga derecho á ser heredero abintestato, como es de presumir por ser á quien favorecen, dicho art. 674 castiga su codicia privándole de su derecho á la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido. Aunque este caso pudiera considerarse comprendido en los de *indignidad*, determinados en el núm. 7.° del art. 756, su especialidad exigía la sanción concreta que aquí se establece, y cuya justicia es bien notoria.

Estos artículos no han traído disposiciones nuevas á nuestro derecho, sino que se han limitado á reproducir las doctrinas sancionadas ya por nuestras antiguas leyes, las cuales declaraban nulos los testamentos otorgados bajo la presión del miedo ó la influencia del engaño (1), y privaban de la herencia al que por tales medios conseguía ser instituído, ó impedía á otro hacer testamento ó le obligara á cambiar su última voluntad (2).

---

(1) Véase ley 29, tít. 1.° de la Partida 6.ª

(2) Véanse leyes 26 y 27, tít. 1.°, y 4.ª, tít. 7.° de la Partida 6.ª

El proyecto de Código de 1882 estableció análogos preceptos en sus arts. 668 y 669, y los mismos principios se consignan en casi todas las legislaciones, concordando especialmente el artículo 673 con el 1748 del Código de Portugal, el 751 del de Uruguay, el 1007 del de Chile y algunos otros; y el art. 674 con el 1749 del Código de Portugal, el 804 del de Uruguay, el 3428 del de Méjico, el 3291 del de Baja California y el 220 del de Veracruz.

ARTÍCULO 675

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley.

Este artículo establece un principio ó regla de hermenéutica legal, que se halla en un todo conforme con la doctrina sancionada por nuestro antiguo derecho.

La ley 5.ª, tít. 33 de la Partida 7.ª disponía ya, que *las palabras del facedor del testamento deven ser entendidas llanamente así como ellas suenan, é non se deve el juzgador partir del entendimiento de ellas, fueras ende cuando pareciere ciertamente que la voluntad del testador fuera otra que non como suenan las palabras que están escritas.* A pesar de la claridad de dichos términos, fué preciso en multitud de casos que la jurisprudencia encauzara dicha doctrina, poniendo freno al abuso de pretender buscar la intención del testador en el supuesto espíritu de sus disposiciones, más que en el recto sentido de sus términos, por los interesados en torcer la voluntad clara y manifiesta del otorgante; y con repetición declaró el Tribunal Supremo, que cuando en las cláusulas de un testamento aparecen claras, explícitas y terminantes

las palabras del testador, sin que ninguna de ellas ofrezca duda acerca de su significación, no hay necesidad de interpretar dichas cláusulas, si bien no se opone esta regla á que se atienda á su espíritu cuando pareciere ciertamente que la inteligencia literal no contiene la voluntad de aquel (1). Y esta misma doctrina ha pasado íntegra al Código en el párrafo 1.º del artículo que comentamos.

Según él, la voluntad del testador, ó sea la intención que tuvo al otorgar su disposición testamentaria, es lo que ha de predominar en caso de duda, y habrá de estarse, por lo tanto, á la inteligencia más conforme con la intención revelada por el tenor mismo del testamento.

Como esa voluntad y esa intención se manifiestan al exterior por las palabras que el testador usara para expresarla, y lo natural es que en el empleo de las mismas se haya procedido con el debido acierto y que con ellas se refleje con exactitud lo que el otorgante quiso expresar, el Código parte del principio de que la determinación de esa voluntad é intención está en el sentido literal de los términos usados en el testamento. Por eso ordena que toda disposición testamentaria se entienda en esa forma, y aun se refiere al tenor del mismo testamento, para deducir de él la intención del testador y resolver con arreglo á ella la duda que se ofreciera en la inteligencia de dichos términos.

Pero aunque raro, puede darse el caso de que aparezca de un modo claro que la intención del otorgante no hubiere sido reflejada con exactitud por error ó por cualquiera otra causa, resultando, por el contrario, en pugna con el sentido literal de las palabras de que se valiera para expresarlas, y admitida la posibilidad de esta hipótesis, necesario era que la ley diese la norma á que había de ajustarse la resolución de la duda, habiendo prevalecido para ello el criterio antes indicado, ó sea la intención resultante del resto del testamento.

Desde luego se comprende que de esta facultad que la ley

(1) Véase sentencias de 2 de Marzo y 21 de Octubre de 1868.

concede para deducir la intención del testador, interpretando su disposición testamentaria por el tenor de la misma, debe hacerse un uso muy restringido y limitado, y sólo debe autorizarse en aquellos casos en que de un modo evidente aparezca la duda de que la voluntad del que ordenó el testamento no haya sido fielmente expresada, á fin de evitar los abusos que podrían originarse pretendiendo torcer á pretexto de innecesarias interpretaciones las disposiciones del testador. Y también ha de entenderse sin perjuicio de lo que se determina y ordena en los artículos 747, 749, 751 y 770 para los casos especiales á que los mismos se refieren.

El abuso que se hacía en nuestro anterior orden legal de la cláusula prohibitiva de la impugnación del testamento, bajo pena de pérdida de los derechos que pudieran corresponder con arreglo á él al impugnante, hizo necesario, ó, mejor dicho, conveniente, el precepto consignado en el párrafo 2.º de este artículo.

Se ha dicho por algunos de los comentadores del Código, que hubiera sido conveniente mantener dicha cláusula, porque de esa manera se impondría el respeto á la última voluntad del testador y se evitarían costosos litigios; pero por mucha que sea la libertad que quiera concederse á éste para disponer de sus bienes y establecer las condiciones que tenga por conveniente para el mantenimiento de su voluntad, dicha libertad no puede ser tan extensa que traspase los límites de su derecho para entrar en la esfera de acción de los demás, mermando ó destruyendo el derecho de éstos, y es indudable que si la cláusula indicada pudiera prosperar, quedaría anulado el derecho de los herederos legítimos y forzosos para impugnar el testamento que adoleciera de nulidad ó que perjudicara sus legítimas.

A lo sumo, podría imponerse esa condición al legatario ó al heredero voluntario; pero al forzoso de ningún modo, porque es sabido el principio de que á dichos herederos no puede gravárseles con condiciones que perjudiquen sus derechos legitimarios, y éstos podrían quedar perjudicados por dicha cláusula. Del

mismo modo y por las mismas razones que el legislador tuvo en cuenta para no permitir que á dicha clase de herederos pudiera imponérseles por el testador la prohibición de promover el juicio de testamentaría ó de pedir la intervención judicial de la herencia, tampoco puede limitárseles el derecho que les asiste para impugnar el testamento que adoleciere de causa para ello. Y aun en cuanto á los herederos voluntarios y legatarios, podría su impugnación constituir, á lo sumo, una causa de indignidad por la falta de consideración que implica para con el testador; pero en tal concepto no puede estar legitimada la prohibición.

Por eso lo racional, lo justo y lo legal, era que el testador no pudiese prohibir la impugnación del testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley, y este es el criterio que se ha seguido en el precepto contenido en dicho párrafo.

El Tribunal Supremo tiene declarado en sentencia de 21 de Noviembre de 1893, que el presente artículo no es aplicable á testamentos hechos con anterioridad á la fecha en que empezó á regir el Código, y reproduciendo además la doctrina mantenida por la anterior jurisprudencia, ha resuelto en sentencias de 20 de Febrero de 1890 y 6 de Noviembre de 1895, que cuando la disposición testamentaria, por ser explícita y terminante, no se presta á dudas ni interpretaciones, no es de estimar infringido dicho artículo por la sentencia que se funda en el tenor literal de tal disposición, sin acudir á interpretaciones, más ó menos autorizadas, de sus términos.

Varias son las reglas de hermenéutica que los autores consignan para la interpretación de las últimas voluntades. Las principales de ellas son las siguientes:

1.ª En las disposiciones de última voluntad debe atenderse más á la voluntad del otorgante que al sentido literal de las palabras que usó en el documento. Sobre todo, es necesario tomar las dudosas en el que probablemente quiso darles, según su educación y sus costumbres, pues muchos se suelen explicar de

una manera imperfecta y algunas veces con impropiedad ó inexactitud.

2.ª Si el sentido de una cláusula fuere ambiguo, ha de interpretarse, generalmente, á favor de la validez de la disposición.

3.ª En los testamentos la interpretación se hace según la costumbre y modo conocido que el testador tenía de entender las cosas y de expresarse.

4.ª Cuando la cláusula en que se hizo un legado presente dos sentidos, ha de entenderse más bien en el que le da algún efecto que en el que no le da ninguno.

5.ª Cuando el sentido de algunas disposiciones ofreciere oscuridad, ambigüedad ó duda, será necesario explicar ó interpretar, unas por otras, todas las que aparezcan en beneficio de una misma persona.

6.ª Cuando dos cláusulas se contradicen, ambas quedan sin efecto, si el testador claramente quiere que las dos disposiciones lo surtan; y en otro caso ha de ejecutarse la última cláusula, porque por ella queda abrogada la primera. Hallándose las dos disposiciones contradictorias en diversos testamentos, con más razón se habrá de ejecutar la última, puesto que revoca la primera.

7.ª Si con el auxilio de la interpretación no se puede absolutamente descubrir en las cláusulas oscuras ó dudosas la probable intención del otorgante, debe decidirse la duda en favor del que se halle obligado á ejecutar la disposición testamentaria.

8.ª En caso de duda sobre la cantidad ó cosa legada, la interpretación ha de hacerse, generalmente hablando, en favor del que debe satisfacerla.

9.ª Si la duda existe, no sobre un legado solamente, sino respecto de las diferentes cláusulas de la disposición testamentaria, deben interpretarse más bien dando extensión á la voluntad del otorgante, que restringiéndola.

10. Cuando el legatario ha prestado buenos servicios al testador, ó si le unían á él vínculos de parentesco, aunque el deu-

dor del legado hubiese tenido iguales relaciones con el segundo, la cláusula oscura se interpreta inclinándose más en favor de aquél.

11. Si se deja un legado á una persona y hay dos ó más del mismo nombre y apellidos, para averiguar cuál es el verdadero legatario debe atenderse al mayor ó menor grado de parentesco de consanguinidad ó de afinidad, ó la amistad ó relaciones de sociedad ó compañía que mediasen entre el testador y cada una de las referidas personas, ó á los servicios que ella le hubiese prestado. Y en el caso de que de ningún modo se pueda venir en conocimiento de quién sea la que dicho otorgante haya querido favorecer, el legado será nulo, como hecho á persona incierta; porque la cosa legada no se podría partir entre las dos ó más personas, por no haber querido el testador darla á una ó á algunas de ellas, y porque siendo necesario para la partición que ambas, ó todas, tuviesen derecho, á ninguna le sería posible justificar que lo tenía.

12. El error en el nombre ó apellidos del legatario no anula el legado si por otras circunstancias puede conocerse cuál sea la persona á quien se ha querido agraciar. Y esta regla se aplica también á la institución de heredero.

13. Cuando el testador lega á una persona los alimentos, se entienden los que según su clase necesite para comer, beber, vestir y curar sus enfermedades; si le deja sus vinos, se entienden legados con las botellas, toneles, tinajas, cubas en que estén encerrados, á no ser de materias preciosas ó estar empotradas; y si le deja sus aves, serán del legatario todas las que al testador pertenezcan, domésticas ó de caza, con sus jaulas, lonjas ó correas y prisiones.

Respecto de algunos de los casos á que dichas reglas se refieren, existe precepto expreso en el Código, como sucede en las señaladas con los núms. 11 y 12; pero en todo lo demás, como no ha cambiado la legislación y continúa la antigua doctrina, son de aplicar las mismas para la resolución de las dudas que en la práctica pueden suscitarse.

Aplicando el art. 675 en la interpretación de disposiciones testamentarias, se han dictado las sentencias de 8 de Junio de 1896, 10 de Abril y 5 de Mayo de 1897, 11 de Marzo y 19 de Noviembre de 1898, 4 de Mayo, 17 de Junio y 23 de Noviembre de 1899, 12 de Junio de 1900 y 9 y 16 de Febrero de 1901, no pudiendo en este lugar descender á examinar cada uno de los casos más ó menos dudosos que las motivaron.

Se trata, en efecto, de casos especiales que pueden variar hasta el infinito. Sin embargo, por si se presentan casos iguales ó análogos, y como elemento autorizado de interpretación, citaremos la doctrina de varias sentencias dictadas en su mayoría con posterioridad á la última edición de este tomo de nuestros comentarios.

En primer lugar, haremos constar que, con arreglo á la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1901, el art. 675 del Código es aplicable directamente al caso de existencia ó inexistencia de oposición entre varios testamentos de una misma persona, y no sólo á las diversas cláusulas de un solo acto de última voluntad.

Reiterando la jurisprudencia admitida, declara la sentencia de 3 de Octubre de 1903, que en la palabra *hijos* se comprenden *los nietos,* á no excluirse expresamente, por lo que muertos los herederos instituídos en primer término, tienen igual derecho los hijos de uno de aquéllos, que los nietos de otro.

En la palabra hijos *nacidos,* deben entenderse comprendidos los *concebidos,* prefiriendo siempre el sentido legal al vulgar, mientras no conste claramente ser otra la voluntad del testador. (Sentencia de 27 de Octubre de 1903.)

Establecido un legado en favor del sobrino que el día del fallecimiento del testador existiese y llevase su mismo nombre y apellido, no basta estar concebido en ese momento un sobrino á quien después se puso el mismo nombre, sino que se favorece sólo al que llenase el requisito exigido, con anterioridad á la muerte del causante. (Sentencia de 30 de Diciembre de 1902.)

La cláusula por la que se deja lo que quedare de la herencia al fallecimiento del heredero, á los hermanos del testador que estuviesen en mayor necesidad, como aplicable á la época de la muerte del heredero, no puede favorecer á los hermanos que en ese tiempo hubiesen ya fallecido. (Sentencia de 11 de Noviembre de 1904.)

No envuelve institución fideicomisaria la cláusula de un testamento por la que se recomienda á la heredera que lo que quedare de los bienes el día de su muerte, lo distribuyese entre los sobrinos que se hubiesen portado bien con la instituída, quedando la apreciación de este hecho, por desprenderse así del testamento, á la conciencia y voluntad de la heredera. (Sentencia de 23 de Abril de 1904.)

La sentencia de 10 de Julio de 1903, confirmando una vez la doctrina sostenida en otras anteriores, declara que la autorización concedida por un testador al heredero usufructuario para vender los bienes en caso de necesidad, deja á los dictados de la conciencia del heredero si es ó no llegado el caso de usar de la facultad, sin que pueda exigírsele justificación de la necesidad mientras expresamente no imponga esa traba el testador.

Instituído heredero un esposo con facultad de enajenar, estableciéndose que los que aun existan de la herencia el día del fallecimiento del heredero pasen á los parientes del testador, sólo pueden éstos pretender los bienes determinados que queden en esa época, pero nunca el precio ó valor de fincas ya enajenadas. (Sentencia de 27 de Septiembre de 1904.)

La cláusula en que el testador instituye heredera á su esposa, recomendándole con todo interés á una hermana anciana y desvalida del otorgante, á fin de que la atendiera y suministrara todo lo necesario para su decorosa subsistencia, expresa claramente que á esa hermana debía socorrerla la heredera con las rentas de la herencia. (Sentencia de 20 de Marzo de 1902.)

Dejada una pensión á una sirviente bajo condición de hallarse al servicio de la testadora el día del fallecimiento de ésta, debe cumplirse aun cuando por motivo de enfermedad la sir-

viente estuviese fuera de la casa en ese determinado momento, pues la voluntad de la otorgante evidentemente no excluía del legado por esa circunstancia meramente accidental, y se refería á otras causas derivadas de la voluntad ó mala conducta de la legataria. (Sentencia de 16 de Junio de 1902.)

Según la de 24 de Noviembre de 1900, la reclamación hecha por un legatario al albacea sobre entrega del legado, no constituye molestia para dicho albacea que debió cumplir el deber de entregarlo, y no produce, por tanto, la exclusión del legatario á quien bajo esa pena prohibe el testador molestar al albacea.

Con arreglo á la de 19 de Noviembre de 1901, la prohibición de toda intervención judicial en una testamentaría se concreta á las cuestiones judiciales que afectan al cumplimiento de la voluntad del testador. No impide, por tanto, á la viuda promover demanda sobre sus gananciales, derecho que le concede la ley, ni á los herederos oponerse á esa demanda, ni alcanza á ningún derecho legitimario.

Aunque el testador reconozca determinadas deudas en su testamento y ordene que se paguen, esto no quiere decir que el heredero no pueda disponer de los bienes hasta después de pagar, para lo que se requeriría manifestación expresa en tal sentido del testador. (Sentencia de 9 de Febrero de 1901.)

La cláusula en que se ordena que los regalos de boda hechos á una hija se entiendan mejora de la misma, indica claramente que tales regalos deben comprenderse en la partición ó agregarse á la masa hereditaria. (Sentencia de 16 de Junio de 1902.)

Cuando se legan bienes dilatando la entrega de los mismos hasta doce años después de la muerte del testador, hasta esa fecha no adquieren los legatarios el legado, beneficiándose entre tanto con las rentas los herederos á quienes se asignó el usufructo. (Sentencia de 22 de Abril de 1903.)

Instituído un heredero en usufructo, y otro y después sus hijos en propiedad bajo condición resolutoria, mientras éstos vivan, ellos por su orden, son los que ostentan el carácter de representantes de la nuda propiedad, y no el usufructuario, aun-

que pueda algún día recaer en él ese derecho. (Sentencia de 12 de Marzo de 1903.)

El legatario que se limita á reclamar su legado, no infringe la voluntad del testador, prohibitiva de reclamación judicial. (Sentencia de 13 de Octubre de 1903.)

La de 8 de Julio de 1904, se refiere á una cláusula de distribución por iguales partes, de los bienes del testador, entre los parientes de una y otra línea.

La Resolución de la Dirección de los Registros de 14 de Enero de 1903, declara nula la venta de bienes hecha por un heredero, como contraria á la voluntad del testador, que dispuso se vendiesen por el albacea al fallecimiento de dicho heredero.

Según la sentencia de 22 de Marzo de 1905, instituído un heredero y habiéndosele designado sustituto para el caso de morir sin hijos que llegasen á la edad de testar, si el heredero muere con hijos menores de esa edad, debe pasar á éstos la herencia y no al sustituto, por no haberse aún cumplido la condición con que éste fué llamado—sentido que debe prevalecer á pesar de la expresión algo confusa ó contradictoria que se emplea atendiendo á la voluntad del testador deducida del contenido todo de su testamento—.

La de 14 de Abril del mismo año insiste en la libertad de disposición que debe concederse al heredero usufructuario facultado para vender, como la de 10 de Julio de 1903.

La de 1.º de Julio de 1905 declara que, llamados á la nuda propiedad los *herederos* de una persona que tiene hijos, y renunciado el usufructo, debe entenderse que el testador quiso referirse á ellos, por ser desde luego herederos necesarios de su padre, y transferírseles la plena propiedad de los bienes.

La de 24 de Junio del mismo año resuelve que la adición de la herencia por el heredero instituído en primer término y de quien debían ser sustitutos sus hermanos si moría sin hijos, no extingue la condición.

Según la de 17 de Octubre del mismo año, ordenada la fundación de un Colegio y designados herederos para el caso de que el

Gobierno contrariase su establecimiento ó dotación, no se entiende llegado el caso de venir los herederos á la sucesión si el Colegio queda establecido y autorizado por el Gobierno, aunque sus estatutos no resulten muy conformes con la voluntad del testador, pues formados dichos estatutos por los albaceas, no puede decirse que se haya contrariado la fundación por el Gobierno.

La de 1.º de Febrero de 1907 declara que, mejorado un hijo bajo el supuesto de que atenderá en lo posible á sus hermanos, si por necesitarlo acudiesen al mejorado, no ha de quedar éste á merced de los otros, porque esto sería hacer de peor condición al favorecido que á sus hermanos, lo que pugna con la voluntad del testador.

Según la Resolución de 16 de Noviembre de 1908, instituyéndose por único heredero á una persona, sus hijos y sucesores, se entiende que el heredero es uno, estableciéndose sólo una sustitución simple para los casos en que pueda tener lugar con arreglo al art. 774.

En la de 2 de Julio de 1909 se declara que, instituídos herederos por el testador sus hermanos con prohibición de enajenar, no ha de entenderse que la prohibición alcanza también á los sucesores de los herederos.

Pueden además consultarse las Resoluciones de 23 de Abril de 1900, 4 de Noviembre y 4 de Diciembre de 1905, 29 de Diciembre de 1906, 23 de Octubre de 1908 y 16 de Abril de 1909, y las sentencias de 16 de Marzo y 19 de Junio de 1901, 31 de Enero, 17 de Marzo, 7 de Julio y 16 de Diciembre de 1903 y 24 de Noviembre de 1908.

Diversos precedentes tiene el artículo que examinamos en varias leyes del Digesto y de las Partidas, especialmente en la citada al principio. Los proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus arts. 722 y 670, respectivamente, establecieron preceptos análogos; y concuerda además el presente artículo con el 720 del Código de Austria, el 1752 y 1761 del de Portugal, el 1069 del de Chile, el 3384 del de Méjico, el 3247 del de la Baja California, y algunos otros.

Este artículo, y los siete que le preceden, constituyen el desenvolvimiento y desarrollo de los principios indicados en la definición del testamento, consignada en el art. 667, que determinan las notas ó caracteres esenciales del mismo como institución jurídica, y en nuestro propósito entraba examinar cada una de dichas notas con la detención debida al llegar á este punto, siguiendo en lo posible el plan trazado por la mayor parte de los tratadistas. Así lo indicamos al comentar el artículo citado; pero la extensión que alcanza ya el examen de las disposiciones que constituyen la presente sección, nos obliga á prescindir de los trabajos hechos con tal objeto sobre esta materia, limitándonos, en su virtud, á la sucinta exposición de dichas notas hecha en el citado comentario. Para más completo estudio de ellas, pueden consultarse el *Tratado teórico legal del derecho de sucesión*, por D. Nicolás López R. Gómez; el *Ensayo sobre el verdadero origen del derecho de sucesión*, por Gabba, y algunas otras obras no menos interesantes, entre las que merecen especial mención las de Laurent, Demolombe, Dalloz, Larrousse, Pothier y Troplong.

SECCIÓN TERCERA

DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS

Después de establecer el Código en la sección precedente los principios generales que regulan la materia de testamentos con independencia de la forma de su expresión, el orden y la razón de método exigían que á continuación se consignasen los distintos modos admitidos en derecho para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias; y este es el objeto de la que pasamos á examinar, en la que se comprenden además las reglas comunes á todas las formas de testar.

Para evitar el fraude y prevenir la mala fe, todas las legislaciones han establecido determinadas solemnidades ó requisitos para el otorgamiento de los testamentos, que á la vez que sirvan de garantía contra las falsedades y simulaciones, constituyan

una prueba de su verdad en las manifestaciones de la última voluntad; y tal importancia tiene la observancia de dichas solemnidades ó requisitos, que de ellas depende la validez ó nulidad de las disposiciones testamentarias.

Todo el problema jurídico relativo á la forma de los testamentos consiste en la acertada elección de aquellos requisitos, que haciendo imposible ó cuando menos difícil la falsificación de la voluntad del testador, no disminuyan ni coarten la libertad en el ejercicio de la testamentifacción activa; y el Código, inspirándose en este criterio, ha procurado establecer los más eficaces para asegurar la verdad y la autenticidad del testamento, y para facilitar además la expresión de las últimas voluntades.

Estas solemnidades ó requisitos han variado y deben variar según las circunstancias de tiempo y de lugar, y así lo hemos visto comprobado en la reseña histórica hecha en la Introducción inicial de este título. En Roma, por la índole peculiar de aquel pueblo y la naturaleza especial que en dicha legislación tenía el testamento, se exigieron como requisitos precisos *la institución de heredero, la presencia de siete testigos llamados y rogados, y la unidad de acto en el otorgamiento;* y si bien las leyes de Partida trajeron á nuestro derecho ese sistema, las recopiladas disminuyeron dichas solemnidades suprimiendo la necesidad de la institución, reduciendo el número de testigos, y exigiendo la intervención del notario tan sólo en algunos casos. El Código, partiendo del criterio de dichas leyes, ha simplificado aún más el sistema, suprimiendo algunas de las formas de testar antes admitidas y aceptando el testamento ológrafo con el carácter de común, como medio de facilitar la testamentifacción.

Las reformas principales introducidas en nuestro antiguo derecho por los artículos de esta sección y de las siguientes, consisten en el establecimiento del testamento ológrafo en el concepto de forma común en vez de serlo privilegiada, en la adopción de una forma única para el abierto, en las prescripciones relativas á la capacidad é incapacidad para ser testigos y á la

identificación del testador, y en las referentes al testamento otorgado en lengua extranjera.

Como veremos en la sección 5.ª y en las siguientes de este capítulo, el Código ha establecido otra novedad importante en cuanto á las formas en que pueden ser otorgadas las últimas voluntades, no permitiendo el testamento verbal más que en caso de peligro inminente de muerte ó en tiempo de epidemia, y en aquellos en que pueden otorgarse los llamados *militar* y *marítimo* en la forma que previenen los arts. 716, 718, 722 y 727.

ARTÍCULO 676

El testamento puede ser común ó especial.
El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

ARTÍCULO 677

Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero.

Determinan estos artículos las diferentes clases de testamentos reconocidos por el Código, de acuerdo con lo establecido en la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888. Según ellos, la primera clasificación establecida se refiere á las solemnidades observadas en su otorgamiento, entendiéndose por testamento común aquel en que se cumplen todos los requisitos ó solemnidades exigidos por la ley, por regla general y para las circunstancias ordinarias y normales de la vida; y por testamentos especiales, aquellos en que por excepción se prescinde de alguno ó algunos de dichos requisitos, en consideración á la especialidad también de las condiciones en que puede encontrarse el testador.

Censúrase por alguno la subsistencia de los testamentos especiales, por considerarlos hijos de irritantes privilegios, opuestos por completo á los principios de igualdad en que hoy se inspira la téstamentifacción.

La norma del legislador, dicen, debe ser siempre la misma, y uno solo el fin perseguido en las disposiciones relativas á la forma de testar: el asegurar la verdad legal y facilitar la expresión de las últimas voluntades. Y si para conseguirlo se estima indispensable la concurrencia de todos los requisitos que se exigen para el testamento común, entienden que careciendo de alguno de ellos, los especiales no pueden ser tenidos como fiel expresión de la verdad.

Si siempre y en toda ocasión hubiera de estar el testador en condiciones apropiadas para el ejercicio ordinario del derecho de testar con todas las solemnidades y requisitos, estimados por la ley como garantía conveniente de la autenticidad y exactitud en la expresión de las últimas voluntades, estarían en su lugar las censuras hechas por no adoptarse un tipo único como forma precisa para todos los testamentos; pero las realidades de la vida, las necesidades y circunstancias que en cada caso pueden concurrir, son bien distintas y hacen indispensable en muchos casos la supresión de alguno ó algunos de los requisitos antes indicados, por ser imposible su cumplimiento en aquellas determinadas condiciones. El que ve próximo su fin navegando en los mares; el que en el campo de batalla espera el momento de entrar en acción con peligro de su vida; el que en país extranjero siente necesidad de disponer de sus bienes *mortis causa*, no pueden acudir al notario para otorgar su testamento, ni cumplir las demás formalidades impuestas á los que no se hallaren en tan excepcionales circunstancias, y habrían de verse privados de ordenar sus últimas voluntades si la ley no reconociera otra forma de testar más adecuada para esos casos especiales.

Basta esta indicación para que se comprenda la necesidad de que la ley establezca diversas formas de testar, y de dicha necesidad procede la razón de la división hecha en testamento común y especial, según las solemnidades ó requisitos observados en su otorgamiento. La consecuencia que esta distinción puede producir, es el cuidado que el legislador debe tener para adop-

tar en cada uno de esos casos las precauciones convenientes para evitar el fraude ó mala fe; y entendemos que no es fácil incurrir en ese peligro en la expresión de las últimas voluntades, sujetándose á las prescripciones del Código en cada una de dichas clases de testamentos. La división que el art. 676 hace de los testamentos comunes, es generalmente admitida por la mayor parte de los Códigos, y tiene perfecta razón de ser, según se demostrará al estudiar cada una de las secciones consagradas al desarrollo de dichas clases de testamentos.

En cuanto al precepto del art. 677, por la especialidad de los casos á que se refiere, no pueden menos de ser considerados éstos como especiales, en el sentido de que se separan de la regla general y ordinaria. Y son especiales, no sólo por su naturaleza, sino porque exigen solemnidades que difieren de las observadas en el testamento común.

Conviene tener en cuenta que el artículo citado no dice que los testamentos que expresa sean los únicos especiales, ni les da un carácter privilegiado; sino que, aun aceptando el principio de igualdad que antes indicábamos, se ha encontrado el legislador con casos en que la práctica no pueden ser sometidos á las formalidades comunes, establecidas para un estado ó situación normal distinta de la que corresponde á las circunstancias que en tales casos concurren.

Todos los autores convienen hoy en que los testamentos especiales no son en la actualidad hijos de privilegios odiosos, como en la legislación romana, sino de las circunstancias en que se hallan los que han de otorgarlos; y, tanto por su carácter, como por la necesidad de su subsistencia, carecen de razón los impugnadores de su mantenimiento.

Se ha censurado también la redacción de dicho artículo, alegando que en él no se comprenden todos los testamentos especiales, como el del sordo y ciego, el hecho inminente peligro de muerte ó en tiempo de epidemia, y del demente, otorgado en intervalo de lucidez, que consideran como tales; pero desde luego se comprende que las prescripciones respectivas á dichos testa-

mentos no constituyen verdaderas especialidades en la forma de testar, sino meras modalidades del testamento común, y en tal concepto han de ser considerados.

La clasificación hecha en el primero de los dos artículos que examinamos, tiene precedentes sobrados en el antiguo derecho. El proyecto de Código de 1851, en su art. 563, y el de 1882, en el 672, establecieron también análoga declaración; y concuerda, además, con el 969 del Código de Francia, el 774 del de Italia, el 969 del de Bélgica, el 752 del de Uruguay, el 1910 del de Portugal, el 1008 del de Chile, el 3622 del de la República Argentina, el 879 del de Veracruz, el 3750 del de Méjico y el 3481 del de Baja California.

En cuanto al precepto del art. 677, no se encuentra artículo alguno concordante en el proyecto de Código de 1851, pero el de 1882 estableció también disposición análoga en su art. 672. Concuerda, además, con los artículos 981 del Código de Francia, 933 del de Holanda, 981 del de Bélgica, 791, 792 y 796 del de Italia, 3672 al 3674 del de la República Argentina, 1041 del de Chile, 1590 del de la Luisiana, 1173 del de Austria, 3548, 3555 y 3565 del de Baja California, y 3817, 3824 y 3834 del de Méjico.

ARTÍCULO 678

Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688.

ARTÍCULO 679

Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

ARTÍCULO 680

El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla

contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Estos tres artículos comprenden las definiciones de los testamentos llamados comunes, ó sean el ológrafo, el abierto y el cerrado, y como en las secciones siguientes se ocupa el Código en detalles de cada una de estas formas de testar, para entonces nos reservamos las consideraciones que acerca de las mismas se nos ofrecen, y aquí nos limitaremos á hacer una ligera indicación del desenvolvimiento y desarrollo de esta institución en el transcurso del tiempo.

Siendo el testamento uno de los actos más transcendentales de la vida civil, todas las legislaciones han regulado con especial cuidado las formas de expresión de las últimas voluntades con arreglo á las circunstancias de la época y á las necesidades de la costumbre.

En la legislación romana, tres son los períodos que pueden distinguirse en el sucesivo desarrollo de esta institución. En el primitivo derecho el testamento era ley formada ante la pública asamblea de los comicios *(colatis comitiis)*, y en su caso ante el ejército equipado y sobre las armas *(in procinctu)*; porque para alterar el orden de la sucesión establecido por el derecho, como ha dicho un autor, debía promulgarse una disposición legal que derogase dicho orden, el cual revestía á la vez gran interés civil, político y religioso á virtud del nombramiento de heredero. Desde luego se comprende que estas dos privativas formas, únicas conocidas en esa primera época, ofrecían grandes inconvenientes, porque los comicios sólo se reunían dos veces al año para aprobar los testamentos, y el *in procinctu* no podía otorgarse en tiempo de paz.

En el segundo de dichos períodos el testamento perdió su primitivo carácter introduciendo la práctica el *per æs et libram*, que, como es sabido, constituía una especie de venta de la herencia, con reserva del usufructo, ante el *librepens* y cinco testigos, cuya disposición tenía el inconveniente de la irrevocabilidad, hasta

que con el tiempo la *mancipatio*, quedó reducida á pura fórmula, introduciéndose la *nuncupatio*, consistente en la solemne manifestación del testador de que las *tabulae testamenti*, cuya apertura había de hacerse después de su muerte, contenían la expresión de su voluntad. Abolido con el tiempo por los pretores el formulismo de dichas clases de testamentos, perdieron el *librepens* y el *familiae emptor* su ficticia representación para convertirse en testigos como los otros cinco exigidos en la anterior forma, declarandose válido el testamento cuyas tablillas fueran exteriormente selladas con la marca de su respectivo anillo por los siete testigos citados.

Las disposiciones del derecho civil, las de los pretores y las Constituciones imperiales constituyen la tercera de las épocas que hemos indicado, en la cual se observa ya el testamento *tripartito*, con sus divisiones de *hollographum* y *allographum*.

En nuestra patria el Fuero Fuzgo autorizada el testamento de palabra y el hecho por escrito, reconociendo cuatro modos distintos de otorgarlos, á saber: 1.°, el hecho por escrito, firmado por el testador y los testigos; 2.°, el hecho por escrito, firmado sólo por el testador ó por los testigos si aquél no firmaba; 3.°, el otorgado por quien no supiera escribir, en cuyo caso bastaba que otro lo escribiese y firmase por él, y 4.°, el hecho oralmente ante testigos sin escribirse nada (1).

Las leyes de Partidas aceptaron las formalidades prescritas por el derecho romano, tanto en la forma pública, como en la secreta, exigiendo en uno y otro caso la concurrencia de siete testigos y la intervención del notario; y esta doctrina subsistió hasta la importante reforma introducida por el Ordenamiento de Alcalá, transcrita en la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la que podía ser otorgado el testamento nuncupativo ante tres testigos vecinos y escribano; ante cinco testigos vecinos sin escribano; ante tres testigos vecinos si no había cinco en el lugar ni escribano; ó ante siete testigos y sin es-

(1) Véase ley 11, tít. 5.°, libro 2.° del Fuero Juzgo.

cribano. Para los testamentos cerrados continuaban las mismas antiguas formalidades, y con arreglo á esta distinción, todos los autores dividían el testamento en nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado: distinguiéndose también, por razón de las solemnidades exigidas para su otorgamiento, en común y privilegiado.

Esa misma clasificación ha sido mantenida por el Código, si bien se han modificado sus términos, pues se ha simplicado el sistema de las leyes recopiladas, suprimiendo aquella variedad de formas admitida por el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación para el testamento nuncupativo ó abierto, y los privilegiados han perdido su primitiva denominación, sustituyéndola por la de especiales, que es más conforme con las actuales ideas y con su propia naturaleza, pues no se apartan de la forma general por razón de privilegio concedido á determinadas personas, sino por la supresión ú omisión de determinados requisitos ó la adopción de otros nuevos, por exigirlo así las circunstancias que concurren en dichos casos ó las especiales condiciones en que puede encontrarse el testador.

Como en la antigua doctrina, los testamentos pueden ser comunes y especiales, y aun dentro de cada una de dichas clases, pueden distinguirse formas diversas, y como para cada una de ellas hay requisito, solemnidades ó prevenciones especiales que observar, que constituyen, por decirlo así, un tratado propio é independiente, el Código se ocupa en secciones separadas de cada una de dichas formas, limitándose en ésta á las reglas generales que son comunes á todas ellas.

En las legislaciones forales encuéntrase también la misma clasificación de los testamentos.

En Cataluña se conocen como testamentos comunes, el nuncupativo, el cerrado y el otorgado ante el párroco, y como especiales el del ciego, el denominado *inter liberos*, el otorgado en tiempo de peste, el *sacramental,* el militar y el heredamiento de confianza.

Conforme á la tradición romana, el otorgamiento ha de hacerse ante notario y dos testigos rogados, cuyo requisito es in-

dispensable lo mismo en el testamento abierto que en el cerrado, siendo además precisa la unidad de acto; pero en Barcelona no es necesaria la rogación de los testigos, y en los lugares donde no hubiere notario, pueden autorizar los testamentos el párroco y sus tenientes en sus respectivas feligresías (1). El testamento *inter liberos*, que según hemos dicho, se conoce en el Principado como uno de los especiales, es análogo al de ascendientes y descendientes del derecho romano, en el que no se exigen otros requisitos ó formalidades que el de estar escrito, fechado y firmado por el testador y contener la institución de heredero á favor de los hijos y demás descendientes. El *sacramental*, privilegiado también y exclusivo de los vecinos de Barcelona y demás poblaciones que gocen de las prerrogativas de aquélla, puede hacerse en cualquier forma verbal ó escrita, con ó sin notario, siempre que los testigos que en él intervengan le adveren en el término de seis meses desde que estuvieren en dicha población.

En Aragón se conoce también la misma distincia, existiendo el testamento común en las dos formas antes citadas, ó sea ante el notario, y ante el párroco cuando no se pueda hallarle; el cerrado, y las cédulas testamentarias, y como especiales están admitidos el de mancomún, el militar y el hecho por comisario.

Es necesario la presencia de dos testigos y la rogación de estos, los cuales han de ver, oir y entender al testador, siendo también requisito preciso la adveración. El testamento cerrado ha de estar firmado en su cubierta por el notario, por los dos testigos y por el testador. Conócese además el otorgado en despoblado, para el que bastan dos testigos mayores de siete años ó ante una mujer de buena fama, concurriendo en todo caso un clérigo.

En Mallorca, la legislación sobre testamentos es la misma del derecho romano.

---

(1) Véase cap. 10, tít. 26, libro 3.º de las Decretales.

En Navarra están admitidos como testamentos comunes el nuncupativo y el cerrado, y como especiales el militar, el del ciego, el de hermandad y el hecho por comisario. El nuncupativo tiene que ser otorgado ante notario y dos testigos, y en el caso de que no se encontrare notario, puede serlo ante el párroco, ó en defecto de éste, ante un sacerdote de buena fama, y por su falta, ante tres testigos vecinos, no siendo criados ni parientes de las personas interesadas en la herencia (1). Los testamentos en que no interviene notario necesitan para ser válidos y eficaces el abonamiento ó adveración.

En Vizcaya, en defecto de escribano, cuando éste no se pudiera hallar ni contarse con el número suficiente de testigos pueden los vecinos de la montaña otorgar testamento en presencia de dos hombres y una mujer de buena fama, debiendo ser rogados y llamados al efecto los testigos (2).

Además, en Cataluña, en Aragón y Navarra, como es natural, dada la importancia que en dichas legislaciones tienen los principios del derecho romano, existen también los codicilos con el carácter de disposiciones menos solemnes de la última voluntad, especialmente en Cataluña y Navarra.

El art. 678 tiene sus precedentes legales en la ley 15, tít. 5.º, libro 2.º del Fuero Juzgo, y en la ley 7.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª: es análogo al 564 del proyecto de Código de 1851 é igual al 673 del proyecto de 1882, y concuerda con el 970 del Código de Francia, el 775 del de Italia, el 880 del de Veracruz el 970 del belga, el 979 del de Holanda, el 1579 del de la Luisiana y el 3639 del de la República Argentina.

El art. 679 tiene precedente en nuestro antiguo derecho en la ley 1.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª: es análogo su precepto al del art. 565 del proyecto de Código de 1851 é igual al del 674 del proyecto de 1882, y concuerda con los arts. 971 y 972 del

---

(1) Véanse caps. 2.º y 20, tít. 20, libro 3.º de las Decretales; y ley 10, título 18, libro 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra.

(2) Véanse la ley 3.ª, tít. 21 del Fuero.

Código de Francia, 776 y 777 del de Italia, 971 y 972 del de Bélgica, 753 del de Uruguay, 1008 del de Chile, 3485 del de Baja California, 3754 del de Méjico, 881 del de Veracruz y 3655 del de la República Argentina.

El art. 680 tiene su precedente histórico, como el anterior, en la ley 1.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª: es igual al 675 del proyecto de Código de 1882, y concuerda con los siguientes: 3655 y 3666 del Código de la República Argentina, 978 del de Francia, 987 del de Holanda, 976 al 979 del de Bélgica, 1577 y 1578 del de la Luisiana, 1023 del de Chile, 902 y 903 del de Nápoles, 3755 del de Méjico, 3486 del de Baja California y 753 del de Uruguay.

ARTÍCULO 681

No podrán ser testigos en los testamentos:

1.º Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.

2.º Los varones menores de edad, con la misma excepción.

3.º Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.

4.º Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.

5.º Los que no entiendan el idioma del testador.

6.º Los que no estén en su sano juicio.

7.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

8.º Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

No es esta ocasión de examinar la cuestión de si debe ó no ser necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento de los testamentos, pues el lugar adecuado para ello es el comentario del art. 685. Partiendo el presente de la necesidad reconocida de dicha intervención, redúcese su objeto á determinar las

incapacidades generales y absolutas que inhabilitan para ser testigo en testamento, con las excepciones que en él se indican, determinándose en el siguiente 682 las especiales ó relativas para los casos que en el mismo se expresan.

En el sistema seguido por casi todas las legislaciones respecto á las formas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, una de las solemnidades generalmente exigidas consiste en la presencia de cierto número de testigos idóneos que, en unión del notario ó sin él, den autenticidad al acto; y por lo tanto, al establecer las reglas comunes á todas las formas de testamentos, precisaba determinar quiénes pueden ser testigos en los mismos, ya que su intervención es un requisito esencial en todos ellos, á excepción del ológrafo.

Por razón de las funciones que han de desempeñar, tres son, según ha dicho un autorizado autor (1), las condiciones ó cualidades de que deben estar adornados los testigos que intervienen en el otorgamiento de los instrumentos públicos, á saber: 1.º, capacidad intelectual; 2.º, probidad; y 3.º, imparcialidad. La primera de ellas se refiere á la edad y al estado de lucidez ó integridad de las facultades intelectuales, y por lo tanto, no podrán ser testigos los que no hayan llegado á la edad necesaria para adquirir la inteligencia precisa al desempeño de dichas funciones; y por la misma razón, tampoco podrá serlo el que carezca de razón ó no se hallase en su sano juicio.

La segunda hace relación á la moralidad absoluta que debe tener toda persona que haya de servir de testigos para que pueda merecer crédito su dicho; y en su virtud, estarán impedidos para el ejercicio de tales funciones los que no tengan la probidad necesaria.

La tercera se contrae á sus relaciones con el otorgante, debiendo ser excluídos los que por consecuencia de dichas relaciones no tengan la debida imparcialidad ó se encuentren en condiciones por las que pueda dudarse de ella, como sucede con los

---

(1) *Tratado de Notaría*, por D. Miguel Fernández Casado; t. 1.º, pág. 491.

parientes, criados y dependientes de los interesados ó del notario, y con los mismos favorecidos por el instrumento en que intervienen.

Á mas de estas condiciones generales, exígese para ser testigo en los testamentos otra nueva condición ó cualidad: la de ser vecino ó domiciliado en el lugar en que se otorgue dicho acto. Este requisito, no requerido para los demás intrumentos públicos, tampoco fué exigido para las disposiciones testamentarias hasta el Ordenamiento de Alcalá, que lo hizo preciso en los testamentos otorgados ante escribano, concediendo preferencia en los privados á los que reunían la cualidad de vecinos sobre los que no lo fueren; pues en el primer caso bastaban cinco, y aun tres si no había más en la localidad, y en el segundo, siempre eran necesarios siete.

Hoy se exige esa condición en toda clase de testamentos, y se considera el domicilio lo mismo que la vecindad, para los efectos de la ley, conforme á la doctrina establecida por la antigua jurisprudencia, según la que la residencia habitual en el pueblo donde se otorgaba el testamento era bastante para que el testigo testamentario fuera habido por vecino á dicho efecto, sin que tuviese aplicación al caso lo dispuesto en la Real orden de 20 de Agosto de 1849 (1).

Puede ocurrir que el testigo, como sucede en algunas provincias septentrionales, forme parte de una de esas unidades de población, inferiores al distrito municipal, que agrupadas constituyen el término de un municipio; y en este caso, si el testigo no habita ó reside en el mismo grupo ó unidad de población en que se otorga el testamento, pero sí en otro de los agregados, ¿deberá ser considerado como idóneo, ó, por el contrario, habrá de estimársele incapaz? La jurisprudencia anterior al Código tenía resuelta esta cuestión en el sentido de que el único criterio apreciable para fijar el concepto de vecino en estos casos, es el

---

(1) V. sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1868 y 14 de Abril de 1882.

hecho de pertenecer al mismo municipio ó término municipal, siendo indiferente que sean todos feligreses de una misma parroquia ó habiten diversos grupos de población (1); y como no hay razón legal alguna que altere dicho criterio, opinamos que del mismo modo debe seguirse.

Hoy la calidad de domiciliado ha de entenderse conforme al artículo 40 del Código, según el que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la ley de Enjuiciamiento (2).

Con este criterio se han dictado las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 1906 y 30 de Abril de 1909. Según la primera, la cualidad de domiciliados de los testigos en los testamentos se rige por el Código civil, y no por la ley Municipal, bastando, por tanto, que el testigo resida en el lugar del otorgamiento, teniendo allí su casa y familia, aunque sea por poco tiempo, y aunque después, forzosa ó voluntariamente, pase á residir á otro lugar distinto. Según la segunda sentencia, del contexto del art. 40 del Código se desprende que la habitual residencia es compatible con una vecindad distinta para los efectos determinados en dicho artículo, con relación á las condiciones de los testigos, según el núm. 3.º del art. 681.

El Código, siguiendo el método de eliminación como en la capacidad para testar, no establece quién puede ser testigo, sino que, por el contrario, consigna cuáles sean las incapacidades absolutas ó relativas para el desempeño de dichas funciones, y sólo aquellos en quien no concurra alguna de dichas incapacidades serán los que tengan capacidad para ello.

El criterio para fijar esas incapacidades ha sido vario, según los tiempos y las legislaciones, obedeciendo á veces algunas de ellas á circunstancias puramente históricas ó á preocupaciones dominantes en la época en que fueron dictadas las disposiciones que de ello se ocupaban.

---

(1) V. sentencias de 19 de Mayo de 1877 y 17 de Febrero de 1882.

(2) V. arts. 64 al 69, ambos inclusive, de la ley de Enjuiciamiento civil.

Las Partidas, reproduciendo la doctrina romana, distinguieron entre incapacidades absolutas y relativas: las primeras lo eran para toda clase de testamentos; las segundas sólo serán obstáculo para algunos de ellos, otorgados por determinadas personas. Las leyes 9.ª y 10, tít. 1.º de la Partida 6.ª, establecían las incapacidades absolutas, y la 11 del mismo título y Partida, con algunas otras del mismo cuerpo legal, señalaban las relativas.

Algunas de dichas incapacidades no se ajustaban á los principios de derecho natural. Las fundadas en motivos religiosos, por ejemplo, ó en una condena judicial que no fuera por delito de falsificación de documento ó de falso testimonio, carecían de razón, porque la inteligencia, la probidad y la imparcialidad, que, según hemos dicho, son las cualidades de que debe estar adornado todo testigo, ni son patrimonio exclusivo de una secta ó confesión religiosa, ni pueden, en justicia, negarse en absoluto al que ha tenido la desgracia de cometer algún delito. Y el Código, borrando muchas de esas incapacidades, insostenibles hoy, y estimando otras establecidas ya por la legislación notarial, consigna en el artículo que examinamos y en el siguiente, tanto las incapacidades absolutas como las relativas.

Algunos han censurado la prohibición impuesta en el número 1.º á las mujeres, exponiendo que, si bien en el derecho romano tuvo su fundamento dicha incapacidad, porque aquella legislación desconocía la personalidad jurídica de la mujer, y además por el carácter peculiar del testamento en ella, no tiene razón de ser en la actualidad por haber reivindicado aquélla su propia personalidad. Dícese con tal motivo: la soltera y la viuda mayores de edad tienen plena capacidad para el ejercicio de todos los derechos civiles, y no se concibe que la ley tenga reparo en admitirlas como testigo en los testamentos, cuando además pueden testificar en los negocios civiles y criminales, y aun en los testamentos, en caso de epidemia, siendo en las legislaciones de Vizcaya y Aragón admitidas como testigos sin dificultad alguna.

Pero la índole de las funciones que han de desempeñar y las circunstancias en que han de concurrir, han hecho que se las reserve tan sólo para aquellos casos extremos que antes hemos indicado, pues por sus hábitos, por las costumbres y clase de vida de su sexo y por otra porción de circunstancias, no están en condiciones de prestar su concurso, tanto al otorgamiento como á las demás diligencias que por ocasión de él fueren necesarias, con la premura precisa ni con la diligencia conveniente. Se equivocan, pues, los que atribuyen dicha incapacidad á una reminiscencia injusta de la condición jurídica que en la antigüedad tuvo la mujer, ó á una insostenible y evidente contradicción con el espíritu que debe informar la legislación en estos tiempos.

En cuanto á los menores de edad, se ha suscitado una duda, á nuestro juicio, sin fundamento bastante. Se ha dicho: al menor emancipado y hasta al mayor de diez y ocho años que estuviere casado, la ley les considera con capacidad suficiente para ciertos actos importantes y difíciles de la vida, puesto que puede hasta administrar su propio caudal; y siendo esto así, ¿tendrá capacidad para otro acto menos importante y transcendental, como lo es el ser testigo en testamento? Estímase como un absurdo jurídico y como una contradicción manifiesta con el criterio adoptado por el legislador, otorgar aquella capacidad respecto de actos que requieren mayor inteligencia é idoneidad, y negarla para otros de más fácil percepción por el testigo y de menos gravedad; pero el precepto del artículo que comentamos es absoluto y terminante, y cualquiera que sea la razón que pueda tener en el terreno especulativo la observación hecha ó la distinta condición jurídica de unos y otros menores, hay que reconocer que todos ellos están sometidos á la disposición citada, y que, por lo tanto, carecen de capacidad para ser testigos en testamento.

No obstante, en las circunstancias en que suelen los testadores ordenar su última voluntad, no es posible exigir á cada testigo que acredite su mayor edad presentando certificación del

acta de su nacimiento, bastando que sea considerado públicamente como mayor, y por esto el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de Noviembre de 1899, declara válido un testamento hecho en peligro inminente de muerte ante cinco testigos, uno de ellos menor de edad, considerando que el testigo, al que faltaban siete meses para cumplir los veintitrés años, era tenido generalmente como mayor de edad, según estaba comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, y semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron su intervención, los mismos efectos que si realmente tuviese la edad cumplida, por ser aquélla una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida.

La Sentencia de 30 de Noviembre de 1906, declara nulo un testamento por intervenir en él un testigo menor de edad.

Respecto de la tercera causa de incapacidad, ya hemos dicho antes lo suficiente. Nada establecieron acerca de la vecindad de los testigos las leyes romanas ni las de Partidas; el Ordenamiento de Alcalá fué la primera disposición que la exigió para los testamentos nuncupativos, y si bien el Código extiende dicha condición á los cerrados, templa, en cambio, el rigor de la ley considerando el domicilio como equivalente á la vecindad.

Aplicando la doctrina expuesta, declara el Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de Noviembre de 1898, que el criado doméstico tiene su residencia habitual en el domicilio de su amo, aun cuando no aparezca incluído en el padrón del pueblo, y, por lo tanto, tiene el concepto de vecino ó domiciliado para el efecto de intervenir como testigo en el testamento de su amo, pues la capacidad en este punto ha de regirse por el Código civil y no por la ley Municipal.

Para el buen desempeño de su misión, el testigo necesita estar dotado de los medios ó facultades precisas para la percepción de los hechos sobre los que ha de atestiguar, y mal podría el ciego afirmar que había visto al testador, y el sordo ó mudo decir que le habían oído dictar su postrera voluntad, por carecer de las

cualidades necesarias para que el hecho afirmado pudiera llegar á su conocimiento. Por lo tanto, la cuarta incapacidad establecida para las personas que en dichas condiciones se hallaren, resulta plenamente justificada con su sola exposición.

Lo mismo debemos decir de la quinta, pues los que no entiendan el idioma del testador no pueden comprender las manifestaciones que hiciere el otorgante, ni menos atestiguar que éstas cotengan la expresión de su voluntad para después de la muerte.

Los locos y dementes, á los cuales se refiere la sexta causa de incapacidad, están con razón excluídos del oficio de testigos en los instrumentos públicos, puesto que su falta de razón les priva de las condiciones adecuadas para el desempeño de sus funciones. Se ha supuesto que el loco en intervalo lúcido podría ser testigo, y nuestro antiguo derecho (1) parecía autorizarlo; pero desde luego se comprende la imposibilidad, pues para autorizarle á testar se exige una previa justificación del estado de lucidez, y esa justificación no la establece la ley para su intervención como testigo. Esto aparte de que la razón legal no es igual.

Con la frase *sano juicio* comprende el precepto que examinamos toda causa perturbadora de la razón, como la embriaguez, y al decir *que no estén*, limita la incapacidad á la existencia de la misma en el momento en que el testigo tiene que actuar, es decir, en el acto del otorgamiento.

En cuanto á la séptima incapacidad, la encontramos también justificada. Fúndase el testimonio humano y su eficacia en la veracidad del testigo, y si dicha condición falta, carecerá de fundamento y de garantía de verdad este elemento de prueba, y de fidedignidad el llamado á comprobar con su dicho el hecho sobre que ha de atestiguar. Por eso la ley ha tenido que imponer la prohibición citada á los condenados por los delitos expresados en dicha causa, pues la índole y la naturaleza de los actos constitutivos de los mismos y la intervención de ellos de tales pro-

(1) Véase ley 9.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª

cesados, demuestran el poco respeto que á los mismos merece la verdad y la legitimidad de los hechos, y hacen nacer la duda de que en adelante pueda del mismo modo faltar á la veracidad y á la fe en él depositada, en el caso de ser llamado como testigo. Y no ofreciendo garantías de verdad, incapacitado debe hallarse para intervenir en tal concepto en el otorgamiento del testamento: misión tanto más delicada y transcendental, cuanto que por el fallecimiento del testador no puede repararse la falta con una nueva expresión de la voluntad.

La octava causa de incapacidad establecida por el artículo que comentamos ha sido traída al Código del art. 21 de la ley del Notariado, y mucho se había discutido ya sobre ella especialmente sobre la significación que debieran merecer las palabras *escribiente* y *dependiente*, usadas por dicha ley. El reglamento de 1862, definiendo dicha incapacidad en su art. 79, declaró que los impedimentos para ser testigos, establecidos en los arts. 21 y 27 de la citada ley, sólo se referían á los escribientes ó amanuenses, estuvieran ó no retribuídos, y á los criados, pero no á los pasantes y alumnos que concurrieren al estudio del notario, con tal que no estuvieren retribuídos. El reglamento de 1874, en su art. 70, modificó la redacción del anterior, disponiendo que, para los efectos de los arts. 21 y 27 de la ley, se entienda por escribiente ó amanuense, dependiente ó criado, por analogía á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, al que presta sus servicios mediante un salario ó retribución y vive en casa del notario.

Esta redacción del reglamento dió origen á algunas dudas, pues como la ley de Enjuiciamiento vigente á la publicación de dicho reglamento confundía en una misma definición al criado y al dependiente, entendiendo por tal al que vivía en la casa del tenido por amo y le prestaba en ella servicios mecánicos mediante un salario fijo (1), dicen algunos, y entre ellos el autor del *Tratado de Notaría* antes citado, que no podrá ser comprendido en

(1) Véase ley de Enjuiciamiento civil de 1855, art. 320.

dicho concepto, según los términos de tal artículo, ni estar por lo tanto incapacitado para ser testigo, el dependiente del notario, pues éste no presta servicios *mecánicos*, toda vez que sus trabajos requieren cierto grado de instrucción, viniendo á ejercer una profesión, aunque modesta, y además porque ordinariamente no vive en la casa del notario. La nueva ley procesal aclaró estos conceptos y distinguió entre criado y dependiente, atribuyendo la primera de dichas denominaciones al que vive en la casa del litigante que le utiliza, y le presta en ella servicios *mecánicos* mediante un salario fijo, y la segunda al que le presta habitualmente servicios retribuídos aunque no viva en su casa (1). A pesar de esa aclaración, la duda subsistía pendiente; porque decían que ni la ley del Notariado ni el reglamento de 1874 podían referirse á una ley de procedimientos que aun no había sido publicada; pero siendo el espíritu del reglamento del Notariado, en su art. 74, establecer en el particular que nos ocupa una relación de conformidad y concordancia con la de Enjuiciamiento civil, sometiéndose para los efectos de la incapacidad á la definición que ésta diera de los conceptos citados, desde luego se comprende que había de estarse á las modificaciones que la misma experimentase, y por lo tanto, habrán de regir á partir de la fecha de su vigencia los preceptos de la nueva ley para la determinación de los conceptos indicados de criado y dependiente, al afecto de apreciar su capacidad ó incapacidad para ser testigos.

Hoy la cuestión ha perdido su interés, pues hay que estar á la disposición del Código, y sus términos en este punto no ofrecen duda, porque lo mismo comprende al dependiente que al amanuense y al criado, extendiendo además la prohibición á los parientes del notario.

Obsérvese que el Código, al hablar aquí de parientes, se refiere tan sólo á los del notario, no á los del testador. En cuanto á los de los interesados en el testamento, sólo constituye una

(1) Véase ley de Enjuiciamiento de 3 de Febrero de 1881, art. 660.

incapacidad relativa y de ella nos ocuparemos al examinar el artículo 682.

Cierto es que el art. 21 de la ley del Notariado prohibe ser testigos en los instrumentos públicos á los parientes de las partes que en ellos intervienen; pero el 29 de la misma ley declara que sus disposiciones relativas al número y cualidades de los testigos no son aplicables á los testamentos. La antigua jurisprudencia ofrece resoluciones contradictorias, pues en un caso se declaró que la ley de Partidas que establecía la prohibición de ser testigos los parientes de los interesados en el asunto, no habla de si pueden ó no ser testigos en los testamentos en que éstos hayan sido instituídos herederos, sino que se refiere á la contienda que hubiere por razón del testamento, y que, por lo tanto, el hecho de figurar como testigos dichos parientes no implicaba nulidad alguna (1); y en otro, por el contrario, resolvió el mismo Tribunal Supremo que no podían servir de testigos, en virtud de que por disposición expresa de la ley tampoco podían serlo para la contienda que sobre el testamento se suscitara, y que cuando, descontados los que tuvieran tal defecto, no quedasen los necesarios según la ley, sería totalmente nulo el acto por falta de solemnidades externas, siendo nulas por consiguiente, las cláusulas referentes á las personas que no tengan parentesco con los testigos tachados (2).

La sentencia de 21 de Enero de 1907 declara nulo el testamento en que interviene como testigo un amanuense del notario, aunque viva fuera de la casa de su principal, y aunque no se haya probado que percibiese salario ó retribución.

La de 4 de Enero de 1906 resuelve que con anterioridad al Código no tenían prohibición para ser testigos en los testamentos los dependientes del Notario.

De todos modos, para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario, como más adelante veremos (3), que la causa de

(1) Véase sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1864.

(2) Véase sentencia de 26 de Diciembre de 1891.

(3) Véase art. 683 del Código civil.

su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento. Por consiguiente, valdrá el testamento aunque se contraiga el parentesco ó se incurra en alguna otra causa de incapacidad por el testigo después de ser otorgado por aquél.

En cuanto á las legislaciones forales, debemos hacer constar que en todas ellas se encuentran disposiciones especiales relativas á la capacidad para ser testigos en testamento. En Cataluña pueden serlo las personas idóneas mayores de catorce años que no estén incapacitadas según las leyes. Dichas incapacidades son también absolutas y relativas como en el derecho común. En las primeras están comprendidas la mujer, el mentecato, el mudo, el sordo, el ciego, el condenado á pena perpetua y los infames. Tienen incapacidad relativa los parientes del testador, el heredero y las demás personas interesadas en el testamento y sus parientes.

En Aragón hasta las mujeres pueden ser testigo en los testamentos, y sólo el menor de catorce años es incapaz para dicho efecto. Sin embargo, autorizado se halla para intervenir como testigo en el testamento especial otorgado en despoblado, siempre que hubiere cumplido los siete años.

En Navarra han de reunir los testigos la condición especial de ser vecinos del lugar en que lo sea el testador, y si no pudiera reunirse número suficiente de ellos, pueden completarse con vecinos del lugar del otorgamiento. La mujer y los menores de catorce años, pero mayores de siete, pueden ser testigos en los testamentos otorgados en yermo ó despoblado, por ser acometido el testador de accidente repentino que ponga en peligro su vida; pero tienen incapacidad en los demás casos. También son incapaces los sordos, mudos, ciegos y locos; los ladrones, homicidas, apóstatas, traidores y falsarios, los fideicomisarios, testamentarios, legatarios y los herederos y sus parientes.

En Vizcaya, la mujer puede ser testigo en los testamentos otorgados en la montaña sin escribano y ante dos hombres buenos. Fuera de esa excepción, en todo lo demás rigen, respecto de esta materia, las disposiciones del derecho común.

La persona que interviene como testigo en un testamento no puede impugnar su validez (Sentencia de 28 de Febrero de 1906).

Las incapacidades establecidas en el artículo que examinamos tienen precedentes en el Derecho romano, en varias leyes del Digesto, en la Instituta, en la ley 21, tít. 23, libro 6.º del Código y en la Novela 48; los tienen también en nuestro antiguo derecho, á excepción de la 5.ª, ocupándose de las restantes las leyes 12, tít. 4.º, y 10, tít. 5.º, libro 2.º del Fuero Juzgo; 7.ª, tít. 8.º, libro 1.º, y 9.ª, tít. 8.º, libro 2.º del Fuero Real; 54, tít. 18 de la Partida 3.ª; 9.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y 1.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, en que se halla inserta la del tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, que tan profunda reforma introdujo en materia de testamentos.

Análogos preceptos establecieron los artículos 589 y 590 del proyecto de Código de 1851, y coincide en un todo con el presente el 676 del proyecto de 1882, concordando además con el 793 del Código de Guatemala, el 771 del de Uruguay, el 788 del de Italia, el 1966 del de Portugal, el 1012 del de Chile, el 3758 del de Méjico, 3700 al 3702 y 3705 al 3706 del de la República Argentina, el 975 y 980 del de Francia, é iguales artículos del de Bélgica, el 898 de Veracruz y el 3489 de la Baja California.

ARTÍCULO 682

En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituídos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con re-relación al caudal hereditario.

Establécense en este artículo las incapacidades relativas, ó sean las causas que inhabilitan para ser testigos en determinados testamentos.

En primer término, están incapacitados los instituídos herederos en el testamento; y la razón de dicho precepto es notoria, puesto que no pueden á la vez ser parte y testigo en dicho acto. La ley 9.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, estableció ya dicha incapacidad, y la confirmó la 11, tít. 1.º de la Partida 6.ª, que extendió la prohibición al padre, á los descendientes y hermanos y á los parientes del heredero que se hallaren dentro del cuarto grado; y aun cuando en rigor las Partidas se refieren al caso de promoverse contienda entre aquéllos y los parientes del finado, la jurisprudencia y la práctica han dado á dicha causa de incapacidad un sentido absoluto, si bien refiriéndose sólo al parentesco de consanguinidad y nunca de afinidad, como declara la sentencia de 17 de Febrero de 1900.

En la misma ley tiene su precedente también la prohibición relativa á los legatarios y sus parientes, siendo aplicable á este caso lo dicho acerca del anterior; pero debe advertirse que aun cuando la repetida ley admite la posibilidad de que valga el testimonio de los demás testigos no afectados por esta causa de incapacidad, esto ha de entenderse con subordinación á lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Septiembre de 1862 y 6 de Febrero de 1866, declarando que el número de testigos en los testamentos se exige por las leyes como solemnidad; mas si á pesar de la incapacidad de alguno quedase todavía suficiente número sin tacha legal, será válido el testamento. Por el contrario, no concurriendo esto último y reduciéndose los testigos por la incapacidad de algunos á menor número que el exigido por la ley, se producirá una causa de nulidad del acto, con arreglo al art. 687, con los efectos, en su caso, del 705. Téngase también en cuenta que el presente artículo se refiere y tiene necesariamente que referirse al testamento abierto, porque siendo en él manifiesta la voluntad del testador á los testigos, puede afectar á éstos la tacha del interés por la herencia ó la manda: tacha que no estima el Código digna de ser apreciada cuando el legado es de la escasa cuantía ó entidad indicada en el apartado 2.º

El derecho romano no admitía al heredero como testigo en los testamentos en que fuera instituído como tal, pero sí á los legatarios, sin distinción y á los fideicomisarios. Tampoco admitía á los parientes del heredero que no se encontrase en el caso últimamente citado (1).

Tiene también sus precedentes en la legislación patria el artículo que comentamos en las leyes 9.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real; 14, tít. 16 de la Partida 3.ª, y 11, tít. 1.º de la Partida 6.ª Es, además, igual al 677 del proyecto de Código de 1882, y concuerda con el 975 de los códigoa de Francia y Bélgica, el 3706 del de la República Argentina y algunos otros.

ARTÍCULO 683

Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Tan lógica es la disposición de este artículo y tan claros sus términos, que hace casi innecesario todo comentario.

Si la misión que el testigo desempeña en el acto testamentario tiene por objeto dar fuerza y solemnidad al documento, justificando con su concurso lo que en el otorgamiento ocurriera, desde luego se comprende que cuando el testigo ha de tener idoneidad y capacidad para serlo es en el momento de llevarse á efecto dicho acto, ó sea al tiempo de otorgarse el testamento, como dice la ley, y no antes ni después. Otorgado el testamento con las solemnidades legales, queda el acto perfecto y terminado, aunque la sucesión no haya de abrirse entonces; y tratándose de justificar dicho acto por la intervención de los testigos, éstos han de ser capaces en el momento en que intervienen, ó sea cuando tiene lugar la expresión de la voluntad. Si después de dicho acto el testigo capaz se hizo incapaz, en nada puede

(1) V. ley 20, tít. 1.º, libro 28 del Dig., y párrafos 10 y 11, tít. 10, libro 2.º de la Inst.

afectar este hecho á la validez y eficacia del testamento legalmente otorgado, porque las relaciones jurídicas derivadas del mismo quedaron establecidas por el hecho del otorgamiento, aunque pendientes de la condición de la muerte del testador, sin variar ni modificar su última voluntad.

Están, pues, en un error los que estiman necesaria dicha capacidad al tiempo del fallecimiento del testador, por ser éste el momento de la transmisión de la herencia, sin tener en cuenta que, arrancando los derechos á la sucesión testamentaria del otorgamiento, á dicha época hay que estar para apreciar las condiciones jurídicas del acto realizado y poder deducir si se han observado ó no las prescripciones y solemnidades establecidas tanto respecto de la forma, cuanto para las condiciones de capacidad de las personas que en el mismo intervienen como otorgantes ó como testigos.

Al notario autorizante interesa vivamente tener conocimiento exacto de la capacidad ó incapacidad de los testigos en el acto del otorgamiento, y deberá proceder con especial cuidado en esto, puesto que los artículos 705 y 715 le imponen la responsabilidad de los daños y perjuicios que sobrevengan si por inobservancia de las respectivas solemnidades se declarase la nulidad del testamento abierto ó cerrado, en el caso de que la falta procediere de malicia, negligencia ó ignorancia inexcusable de dicho funcionario.

Las disposiciones que hay que tener en cuenta para apreciar si han incurrido en causa de incapacidad ó inhabilidad los testigos, son las establecidas por el Código y no las que consigna en general la legislación del Notariado, pues según el art. 29 de la ley de 1862, lo prescrito en la misma, en cuanto á la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*.

Algunos precedentes tiene en el derecho romano (1) el pre-

(1) Leyes 2.ª, 3.ª y 13, tít, 5.º, libro 22, y 22, tít. 1.º, libro 28 del Digesto.

cepto de este artículo, el cual es análogo al 591 del proyecto de Código de 1851, é igual al 678 del proyecto de 1882. Concuerda además con el 1966 del Código de Portugal, el 771 del de Uruguay, el 3668 del de la República Argentina, el 899 del de Veracruz, el 3490 del de Baja California y el 3759 del de Méjico.

ARTÍCULO 684

Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas.

El art. 25 de la ley del Notariado, partiendo del principio de que el idioma oficial en España es el castellano, estableció como regla general que todos los instrumentos públicos se redactarán en lengua castellana; pero como el art. 29 de dicha ley, tantas veces citado en anteriores comentarios, disponía que no rigiese para los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* lo prescrito en la misma respecto á su forma y al número y calidades de los testigos, debiendo estarse á la ley ó leyes especiales sobre la materia, surgió, por virtud de dicho precepto, la necesidad de establecer, dentro de los términos de la legislación civil, la declaración congruente con dicho principio para evitar las dudas que en otro caso pudieran suscitarse. Y conforme con el criterio aceptado, el Código provee á esa necesidad en el artículo que examinamos, ordenando que en dicha clase de disposiciones se consigne en castellano el testamento hecho en idioma extranjero, á la vez que en el idioma en que fuere otorgado, previa la adopción de los medios que se han estimado más convenientes para garantizar la exactitud y la fidelidad de la traducción hecha de las palabras y de la voluntad del testador.

En este concepto y con dicho objeto se exige la presencia de dos intérpretes, elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano y que el testamento se escriba en las dos lenguas.

Esa intervención de los intérpretes no es nueva en nuestro derecho, pues el art. 20 del Real decreto de 20 de Enero de 1881, ampliando el 62 del reglamento para la ejecución de la ley del Notariado, disponía que cuando los otorgantes fueran extranjeros ó se refirieran á documentos redactados en alguna lengua viva extranjera, se exigiera la presencia de un intérprete ó la traducción autorizada del documento, á menos que el notario se hallase reconocido como traductor ó intérprete oficial, en cuyo caso lo haría constar así en la escritura.

Posteriormente fué organizado y reglamentado como clase especial el Cuerpo de intérpretes jurados, por Real decreto de 26 de Julio de 1883, y, refiriéndose á dicho Cuerpo, la primera edición del Código exigió que fueran juramentados los intérpretes que habían de intervenir en el otorgamiento de las últimas voluntades, exigiéndose el número de dos, en vez de uno que ordenaba el Real decreto de 20 de Enero de 1881, en armonía con las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil y del art. 1243 del Código, para que constituyan prueba eficaz y como mayor garantía de exactitud. Pero en la revisión llevada á cabo, á virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889 y en la discusión que á ella precediera, se comprendió bien pronto las dificultades que dicho requisito pudiera ofrecer en la práctica, pues si bien en los grandes centros podrían encontrarse intérpretes de dicha clase en el número necesario, no sucedería lo mismo en las demás poblaciones de menor importancia, viniendo á convertirse en muchas ocasiones esa garantía en una dificultad insuperable. Por eso en la nueva edición formada á virtud de dicha ley se suavizó el rigor de la primitiva redacción, permitiendo que intervengan dos intérpretes cualesquiera, aunque carezcan de título oficial, elegidos por el testador, á quien se concede dicha elección á cambio de la libertad indicada, en la inteligencia de que éste habrá de designar á aquellos que más garantías de rectitud le ofrezcan y más confianza le inspiren.

Como desde luego se comprende, el sistema adoptado para el otorgamiento de esta clase de testamentos tiene por objeto evi-

tar todo género de fraudes y simulaciones, y alejar todo motivo de sospecha de que por una mala interpretación de las palabras del testador, ó por error en su traducción por parte del notario que no poseyera los conocimientos necesarios para ello, pudiera darse una inteligencia equivocada á la disposición del mismo, torciéndose ó violentándose su voluntad é intención.

Aunque el artículo que examinamos no lo expresa, de su espíritu se deduce que los intérpretes no sólo deben enterar al notario de lo que signifiquen las palabras con que el testador expresa su última voluntad, sino además extender por escrito el testamento en la lengua extranjera, en el caso de que el testador no hubiere presentado minuta de él, limitándose á expresar verbalmente su disposición; é igualmente deberán traducir al castellano la versión extranjera, pues así escritas ambas matrices por personas conocedoras de los dos idiomas, es como pueden después insertarse en el testamento sin peligro de equivocaciones.

El artículo no dice si, además de los dos intérpretes, habrán de intervenir los testigos exigidos por la ley; pero no puede caber la menor duda sobre ello, pues los intérpretes no son llamados para atestiguar acerca de la certeza del acto testamentario ni de la identidad y capacidad del testador, sino para hacer conocida la voluntad de éste por aquellas personas que no entiendan el idioma en que la expresara.

El estudio de este artículo sugiere desde luego diversos problemas que sucintamente hemos de examinar.

La primera cuestión que dicho estudio ofrece, refiérese á la clase de testamentos en que han de ser observadas las formalidades prescritas por el artículo que comentamos. Con tal motivo se pregunta: ¿es aplicable el art. 684 sólo al testamento abierto, ó debe ser también extensivo al ológrafo y al cerrado?

Algunos comentadores del Código creen que deben observarse dichas formalidades en toda clase de testamentos, fundándose para ello en que el presente artículo forma parte de las disposiciones de carácter general que deben tener aplicación en

todos los testamentos, cualquiera que sea su clase, según así se deduce del epígrafe de la sección en que está incluído, pues de ser de única observancia en el testamento abierto ó en alguna otra forma determinada, estaría comprendido en la sección respectiva, consagrada á regular especialmente dicha forma de testamento.

Otros opinan que no es extensiva al testamento cerrado, por la naturaleza especial del mismo, pero sí al abierto y aun al ológrafo; alegando en apoyo de su aplicación á este último, que si bien el párrafo final del art. 688, al autorizar al extranjero para otorgar testamento ológrafo en su idioma, no establece limitación alguna á dicha facultad, debe entenderse sometida ésta á la condición de sujetarse á la regla ó precepto general del art. 684, anterior á él, debiendo, por lo tanto, hacer su testamento con el requisito de la intervención de los intérpretes y extendiéndole en ambos idiomas, como previene dicho artículo; pues de lo contrario se haría de distinta condición á los que testasen en lengua extranjera, según la forma en que otorgasen la disposición de su voluntad, requiriendo el concurso de esas formalidades en el caso de mediar un notario y varios testigos que constituyeran una garantía de su autenticidad y prescindiendo de ellas en el que ninguna garantía ofrece.

Finalmente, otros entienden que el precepto que examinamos únicamente puedo contraerse al testamento abierto, no siendo extensivo al cerrado ni al ológrafo sin alterar su propia naturaleza.

En efecto, el testamento cerrado es y debo ser secreto para todos los que en él intervienen, á excepción del testador, el cual reserva el conocimiento de su voluntad hasta el momento en que por su muerte se causa la sucesión. El notario y los testigos no tienen otra misión en dicho instrumento, que autorizar el acta de su protocolización para hacer constar que aquel documento ha sido presentado por el testador como su testamento; y como no atestigua acerca de la expresión ni del contenido de la voluntad del otorgante, no tienen para qué conocer dicha voluntad, resul-

tando innecesaria la traducción por los intérpretes. El único objeto de ésta, es que sepan lo que el testador dijo aquellos que han de dar autenticidad á la disposición testamentaria: y como en el testamento cerrado no tienen que comprobar los testigos que oyeron al testador su voluntad, ni el notario ha de dar fe de haber oído á éste el contenido de su testamento, no precisa por ello la traducción y puede dejarse ésta para cuando el documento haya de surtir sus efectos.

Lo mismo debemos decir del testamento ológrafo, pues éste es aún más reservado y secreto que el anterior. Por este medio propúsose al legislador, como dijimos en la página 275 de este tomo, crear una forma de testar tan secreta, que nadie pudiera saber siquiera si el testador había otorgado ó no testamento, y ese propósito quedaría vulnerado y aun destruído desde el momento que fuera precisa la intervención de dos intérpretes y la traducción del testamento.

Esa contradicción en que se incurre con la naturaleza secreta de los testamentos cerrado y ológrafo, al exigir que en ellos intervengan dos intérpretes que traduzcan y hagan pública la voluntad del testador, y el inconveniente que con tal motivo se suscita, no quedan subsanados, como ha creído un comentador del Código, con la potestad que el testador tiene de elegir libremente para intérpretes á dos personas que le inspiren la confianza de que no han de hacer pública su disposición, pues por el hecho sólo de su intervención y sin necesidad de dicha publicidad queda roto el carácter secreto de tales testamentos.

Además, según el art. 688, el testamento ológrafo ha de ser escrito todo él por el otorgante para que sea válido; y, por lo tanto, no se necesita de intérpretes que afirmen que lo escrito es la exacta manifestación de la voluntad del testador, puesto que es él mismo quien la escribe y no puede haber lugar á la duda de que por una mala inteligencia de sus palabras no hayan sido fielmente transcritas, como pudiera suceder en el caso de ser escrito por otra persona distinta.

Finalmente, el último párrafo del citado art. 688, al facultar

al extranjero para otorgar testamento ológrafo en su idioma, no le impone obligación alguna de someterse á lo dispuesto en el artículo 684. Así lo han entendido también algunos tratadistas, aconsejándose por uno de ellos la adopción de este medio, en el caso de saber escribir el testador, como el más conveniente para salvar las dificultades que en la práctica puede ofrecer la disposición de este artículo.

Las indicaciones precedentes demuestran, á nuestro juicio, que la prescripción de este artículo no es extensiva al testamento cerrado ni al ológrafo, por ser contrarias al carácter reservado de los mismos las formalidades que en él se exigen.

El que éste forme parte de la sección consagrada á la exposición de las reglas generales y comunes, en vez de estar comprendido entre las prescripciones de la sección 5.ª, que es la que se ocupa del testamento abierto en particular, única razón que se ha alegado en apoyo de la primera de las opiniones indicadas, no es causa suficiente ni fundamento alguno en contra de la inteligencia que atribuímos á su precepto, porque en la sección presente se hallan incluídas también otras disposiciones que no tienen aplicación á todas las clases de testamentos, sino única y exclusivamente al abierto, en cuyo caso se encuentra la del artículo 682.

La falta de una traducción auténtica que haga conocida la voluntad del testador y confirme la exactitud de la disposición consignada en uno y otro idioma, tampoco es un obstáculo en los testamentos cerrado y ológrafo, pues las personas que intervienen en el primero no son llamadas á atestiguar sobre el contenido del instrumento, y en el segundo no hay nadie que en él pueda intervenir y garantizar por lo tanto dicha exactitud.

Escrito por el testador en idioma extranjero el testamento ológrafo, y por el otorgante, ó un tercero á su ruego el cerrado, en la forma que más adelante veremos, dicho documento se encuentra, respecto á sus efectos jurídicos, en el mismo caso que los demás redactados en lengua distinta de la castellana. Por lo tanto, cuando el documento haya de surtir sus efectos, será

cuando precise su traducción, que puede ser hecha privadamente si todos los interesados estuvieren conformes con ella, ú oficialmente por la Interpretación de lenguas, en otro caso, por analogía á lo establecido en el art. 601 de la ley de Enjuiciamiento civil.

No es, pues, necesaria en dichos testamentos la traducción previa, y, por lo tanto, no existe razón legal alguna que justifique la aplicación de este artículo á los testamentos ológrafo y cerrado; no pudiendo merecer tal concepto la consideración de que pudiendo estar escrito el testamento cerrado por un tercero, por no saber leer el testador, no puede éste apreciar si han sido bien entendidas por el amanuense sus palabras, pues en el mismo caso se encuentra el testamento cerrado otorgado en castellano en igualdad de condiciones, y no por eso la ley ha exigido requisito alguno especial en dicho caso.

Otra razón existe que confirma aun más la opinión que sustentamos, y es que el proyecto de Código de 1851, del cual trae su origen la disposición de este artículo, colocaba análogo precepto entre las prescripciones especiales del testamento abierto, indicando así que sólo en éste podía tener aplicación. Lo mismo sucede en el Código de la República Argentina y algunos otros: y si en el nuestro figura entre las disposiciones de carácter general, es por no encajar en las prescripciones de la sección 5.ª, que tan sólo se refieren al testamento abierto otorgado en la forma común y ordinaria.

La segunda de las cuestiones suscitadas acerca de la inteligencia del artículo que examinamos, se refiere á las personas que pueden hacer uso para testar de la forma establecida por el mismo.

Generalmente se ha creído que sólo los extranjeros pueden testar en esta forma, y que los españoles tienen que someterse á la común. La duda que motiva esta cuestión debe tener su origen en la jurisprudencia francesa, la cual, si bien está en desacuerdo acerca de si puede un notario extender en francés el testamento dictado en idioma distinto por un extranjero, uná-

nimemente niega validez al testamento otorgado por un francés en lengua extranjera. Pero cualquiera que sea el fundamento en que descansen esas resoluciones de los tribunales franceses, se comprende sin género de esfuerzo alguno que las circunstancias pueden ser las mismas otorgándose el testamento en idioma extranjero por un español que por un individuo extraño á nuestra nación.

Raro será el caso, pero en los términos de lo posible está, que el español, bien por haber olvidado la lengua nacional ó haber perdido á causa de prolongada ausencia el necesario dominio de ella para expresar con propiedad las disposiciones de su voluntad, ó por otras varias causas, quiera ó prefiera otorgar su testamento en otro idioma; y no hay razón alguna que pueda impedir justamente el que así se lleve á efecto. El artículo que examinamos lo autoriza con toda claridad: «para testar en lengua extranjera», dice, sin ninguna limitación; luego lo mismo pueden hacerlo los españoles que los extranjeros.

Dos, pues, son los casos que pueden ocurrir: 1.°, que un español quiera ó prefiera testar en lengua extranjera, y 2.°, que un extranjero, que no conozca el castellano ó no quiera testar en dicho idioma, otorgue su testamento en lengua extranjera.

En ambos casos debe tener aplicación el precepto de este artículo, puesto que las solemnidades ó requisitos especiales exigidos por el mismo están establecidos como garantía, no sólo del testador, sino también de todos los concurrentes á su otorgamiento. No basta, en efecto, que el testador español que, poseyendo los conocimientos suficientes, testa en idioma extraño, tenga el convencimiento de que sus palabras manifiestan claramente la intención que guía sus disposiciones, sino que es preciso, además, que esa seguridad la adquieran las personas asistentes al acto por razón de las funciones que desempeñan; y esa seguridad sólo puede adquirirse por medio de las formalidades exigidas en este artículo.

Otra cuestión se ha suscitado por los comentadores del Código. Dícese por algunos que el precepto que examinamos se

halla, si no en oposición manifiesta, al menos en desacuerdo con el núm. 5.º del art. 681, que, como se recordará, considera como causa de incapacidad para ser testigo en testamento el no entender el idioma en que el testador se expresara, pues si los testigos han de dar fe del testamento según la traducción que hagan los intérpretes, carece de objeto la prohibición y el exigirles que entiendan la lengua usada en el otorgamiento, y si, como puede deducirse de dicho artículo, para ser capaces los testigos en este caso han de conocer dicho idioma, no parece, según dicen, que exista necesidad alguna á que responda la intervención de los intérpretes, toda vez que la traducción ó versión castellana de las palabras del testador la pueden hacer los testigos, si éstos han de conocer dicho idioma, por haberse suprimido en la vigente edición del Código la condición de jurados exigida á los intérpretes.

Los que tal dicen no tienen, sin duda, en cuenta que los requisitos prevenidos en este artículo no se hallan establecidos únicamente en favor del testador y de los testigos, sino también como garantía necesaria para el notario, á fin de que éste pueda dar fe de que el contenido del testamento es fiel expresión de la voluntad del testador. Por eso, á pesar de conocer los testigos el idioma usado por el testador, es precisa la intervención de los intérpretes, pues no basta que aquéllos entiendan las manifestaciones que éste hiciera, sino que es esencialísimo que ese conocimiento lo adquiera el notario en la única forma posible para el cumplimiento de su misión en el acto testamentario.

También se ha discutido si el precepto de este artículo es ó no aplicable al testamento otorgado en alguno de los dialectos usados en España, toda vez que el artículo habla sólo del que se otorgare en lengua extranjera. Para resolver esta cuestión hay que distinguir si se trata de un testamento abierto ó cerrado ú ológrafo. En estos dos últimos casos las circunstancias son las mismas que las de la disposición testamentaria otorgada en dichas formas en idioma extranjero, y lo dicho acerca de dichos casos puede darse aquí por reproducido para la resolución del

presente. Si, por el contrario, el testamento ordenado en uno de los dialectos usados en España fuere abierto, hay que distinguir dos casos que pueden ofrecerse, á saber: 1.°, que dicho testamento fuere otorgado en punto donde se hablare el dialecto utilizado; y 2.°, que, por el contrario, el otorgamiento se hiciese en donde se usare la lengua castellana.

En el primero de dichos casos no será necesaria la intervención de los intérpretes, toda vez que el notario autorizante ha de entender dicho dialecto con arreglo á los arts. 4.° y 62 del reglamento de 9 de Noviembre de 1874, y debiendo ser vecinos de la localidad los testigos, lo natural es que lo posean también, pues de lo contrario no podrían intervenir como tales testigos por razón de incapacidad, conforme al núm. 5.° del art. 681 antes citado. En el segundo caso las circunstancias son las mismas concurrentes en el testamento otorgado en lengua extranjera, y siendo idéntica la razón de la ley en uno y otro supuesto, debe ser extensiva al mismo la disposición de este artículo, aunque sólo hable de lengua extranjera, pues en otro caso se privaría de la testamentifacción activa al que, por no poseer el castellano, sólo pudiera testar en el dialecto usado por el mismo.

Aunque el artículo no dice nada acerca de ello, entendemos que no hay impedimento alguno para que el intérprete intervenga también como testigo y viceversa, pues los testigos no vienen á atestiguar sobre la exactitud de la traducción, ni á comprobar si está bien ó mal hecha, y, por lo tanto, no existe incompatibilidad entre unas y otras funciones. En su virtud, carecen de fundamento, á nuestro juicio, los que sostienen la opinión contraria.

Se ha dicho también que este artículo implica una limitación del 679 y del 694, los cuales previenen que el testigo, en el testamento abierto, debe ver y *entender* al testador y *quedar enterado de lo que en dicho testamento se dispone*, toda vez que el presente admite la intervención de los intérpretes partiendo del supuesto de que los testigos no entiendan al testador ni pueda enterarse de lo que éste disponga en su testamento. Pero ya hemos dicho

antes, con motivo de la supuesta contradicción entre este artículo y el núm. 5.º del 681, el error en que se incurre al suponer tal cosa, pues los testigos para ser capaces necesitan entender el idioma usado por el testador, no pudiendo, por lo tanto, existir esa limitación que se dice de lo dispuesto en los mencionados arts. 679 y 694, cuyos preceptos han de ser cumplidos á pesar de la concurrencia de los intérpretes.

El precepto que examinamos no tiene precedente alguno en nuestro antiguo derecho. El proyecto de Código de 1851 estableció análoga disposición en su art. 566, y también es análogo al presente en su mayor parte el 679 del proyecto de 1882. Además concuerda con el art. 3760 del Código de Méjico, 3663 del de la República Argentina, el 883 del de Veracruz, el 3491 del de la Baja California y con los arts. 796 y 797 del de Guatemala.

ARTÍCULO 685

El Notario y dos de los testigos que autoricen el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales. También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.

Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los arts. 700 y 701.

Para la debida inteligencia de este artículo, debemos ocuparnos con separación del deber impuesto por el mismo al notario autorizante del testamento y del establecido respecto á los testigos asistentes á su otorgamiento.

En cuanto al notario, es de tal necesidad que conozca al testador ó que se asegure de su conocimiento por modo eficaz, que del cumplimiento de este requisito puede decirse que depende la

autenticidad del documento, pues de nada serviría que dicho funcionario recogiera cuidadosamente las manifestaciones de los concurrentes á su estudio ó de los que requieran su ministerio, y revistiera dichas manifestaciones de todas las solemnidades propias del instrumento público, si no constase de una manera evidente que la persona que testaba era la misma á quien verdaderamente correspondía el nombre y apellido con que se presentara á testar. A lo sumo, podría hacerse constar el hecho del testamento, pero no quedaría patentizada la necesaria relación entre el hecho y la persona.

Tal es su necesidad, que sin ese previo conocimiento del otorgante nunca podría alejarse el temor de una suposición ó usurpación de estado civil. Por eso todas las legislaciones han impuesto al notario dicho deber.

La ley orgánica del Notariado, en su art. 23, exigía ya que el notario diese fe del conocimiento de los otorgantes de los instrumentos públicos, y que si no los conociere, se asegurase de su identidad por el testimonio de dos testigos, llamados de conocimiento por la función que vienen en dicho caso á desempeñar. El reglamento, en su art. 66 amplió dicho precepto, añadiendo que en el caso de tener que intervenir los testigos de conocimiento, uno cuando menos debería firmar por sí y por el que no supiera; y aunque este precepto es general para todos los instrumentos públicos, le consideramos aplicable en materia de testamentos, á pesar del art. 29 de dicha ley, porque sustancialmente es la misma la doctrina con relación al testigo testamentario que respecto de los que intervienen en las demás clases de instrumentos.

La instrucción para la redacción de instrumentos públicos de 9 de Noviembre de 1874, recogiendo y mejorando el precepto del art. 22 de la de 12 de Junio de 1871, estableció que los notarios hicieran constar en toda escritura si los otorgantes tenían la capacidad legal necesaria para celebrar el acto ó contrato á que se refiriese el instrumento, cuya circunstancia debía determinarse por juicio propio del notario, no bastando que éste la

consignase en la escritura, apoyándose en el solo dicho de los interesados.

El Código elevó á la categoría de precepto legal la disposición instructiva citada en cuanto á los testamentos, ordenándose en el art. 685 de la primitiva edición, que «el notario y los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador ó identificar su persona con dos testigos que le conozcan y sean á su vez conocidos del notario y de los testigos, y además asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento». Es decir, que el deber impuesto á unos y otros no se limitaba al mero conocimiento é identidad del otorgante, como antes de la Instrucción de 1874, sino que era extensivo á hacer constar la capacidad del testador.

Este fué uno de los artículos más impugnados al discutirse el Código en los Cuerpos Colegisladores, alegándose en apoyo de dicha impugnación, que por ese precepto se imponía á los notarios un deber positivo extraño á su ministerio, cual era el de asegurarse de la capacidad legal del testador: capacidad que integran, no sólo sus condiciones civiles, sino también las naturales, cuya apreciación exacta no compete á dichos funcionarios, á los cuales se les obligaba á hacer afirmaciones concretas sobre extremos de pura apreciación. Y atendiendo á las reclamaciones producidas con tal motivo, la Sección 1.ª de la Comisión de Códigos, encargada de llevar á efecto la revisión ordenada en la ley de 26 de Mayo de 1889, modificó el concepto impugnado y reformó la primitiva redacción en el sentido de que, donde decía que el notario y los testigos *deben* conocer al testador y además asegurarse de que tiene la capacidad legal necesaria, se dice ahora *procurarán* asegurarse de que á su juicio la tiene. Según resulta de estos términos, lo que antes era un deber preceptivo se ha convertido ahora en una recomendación conveniente, que en cuanto sea posible debe ser cumplida. Con esta modificación queda reducido el precepto á sus justos límites respecto de los notarios.

Por lo que hace á los testigos, se ha censurado también el

que se les obligue á juzgar de la capacidad legal del otorgante, cuyo juicio exige conocimientos jurídicos y médicos, que en la generalidad de los casos no poseen los testigos, según se dice, y podría, en opinión de los impugnadores, llevar á aquéllos, contra su voluntad é intención, al terreno de las responsabilidades. Pero el error en que se incurre es bien notorio, pues del espíritu de dicho artículo, desde luego se deduce que la intención del legislador al imponer á los testigos ese deber, fué otra distinta de la que suponen tales expositores, porque la capacidad de que han de procurar enterarse es de la relativa á la edad y á la intelectual en cuanto sea posible su percepción por los testigos.

Nótese bien que el artículo que examinamos, al imponer esa obligación á los testigos, se refiere á los instrumentales y al caso en que intervenga notario en el testamento, pues si dicho funcionario no interviniera, entonces sólo exige que conozcan al testador, según los términos claros y explícitos del párrafo 2.º del artículo que comentamos.

Este párrafo no existió en la primitiva edición del Código, habiéndose establecido en vista del resultado de la discusión antes citada y de las reclamaciones hechas. Además, en dicha edición se imponía á todos los testigos la obligación de conocer al testador, y en la nueva redacción se limita sólo á dos de ellos para evitar los inconvenientes que en otro caso pudiera producir la imposibilidad de encontrar testigos en número suficiente que reunan dicho requisito.

Se ha impugnado también la intervención que se da á los testigos instrumentales en la comprobación de la identidad del otorgante, por el conocimiento del mismo que se exige, cuando menos, á dos de ellos, y con tal motivo se ha dicho que ese conocimiento exigido es innecesario, pues basta con que le conozca el notario, que es el depositario de la fe pública, y que además resulta hasta ridícula esa precaución, por que si dicho funcionario se prestase á una suplantación ó á una criminal comedia, lo lógico es suponer que en dicho caso habría de estar de acuerdo

con los testigos instrumentales, pues no se concibe que procediera de otro modo, dejando á salvo ese modo de comprobación de su falta, que no podía ignorar, dado el conocimiento del derecho que hay que suponer en él. Pero el Código, inspirándose en el precepto de la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, ha procurado rodear el testamento de todas las garantías posibles para asegurar la verdad de sus disposiciones y la autenticidad del acto, alejando á la vez todo peligro de falsedad.

Por eso, á la vez que la garantía de la intervención del notario y de los deberes que impone la ley al mismo, de asegurarse del conocimiento del otorgante y de su capacidad, exige que los testigos instrumentales, cuando menos en número de dos, conozcan al testador, y todos ellos procuren enterarse de que á su juicio tiene la capacidad legal necesaria para testar.

Por resolución de la Dirección general de los Registros, fecha 26 de Mayo de 1899, se declara que la omisión en un testamento ante notario de quienes fueron los dos testigos instrumentales que conocían al testador, puede entenderse suplida por la afirmación de haberse llenado todas las formalidades legales, hecha en el mismo instrumento, no siendo suficiente para estimar el acto nulo.

Por otra, fecha 12 de Febrero de 1901, se establece que el hecho de conocer al testador los tres testigos instrumentales del testamento, y no el notario, no es suficiente para hacerle válido, pues no resulta cumplido el precepto del art. 685, si no se consigna, como previene el 686, la imposibilidad de su cumplimiento. Declaraciones análogas contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Junio de 1901 y la Resolución de 7 de Enero de 1907.

Aplican también el precepto del art. 685, la Sentencia de 30 de Septiembre de 1901, y la Resolución de 10 de Julio de 1906.

Tiene sus precedentes históricos el artículo que examinamos en las leyes 54, tít. 18 de la Partida 3.ª, y 2.ª, tít. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, y en la ley y reglamentos del Notariado é instrucciones que hemos citado. El proyecto de Código

de 1882 estableció precepto análogo en su art. 680, y concuerda además con el 1913 del Código de Portugal, el 756 del de Uruguay, el 3761 del de Méjico, el 3492 del de la Baja California y algunos otros.

ARTÍCULO 686

Si no pudiere identificarse la persona del testador en la forma prevenida en el artículo que precede, se declarará esta circunstancia por el Notario, ó por los testigos en su caso, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo.

Si fuere impugnado el testamento por tal motivo, corresponderá al que sostenga su validez la prueba de la identidad del testador.

Tanto la antigua legislación como el artículo anterior del Código, al establecer la obligación de que se identifique con dos testigos de conocimiento la persona del testador, en el caso de que ni el notario ni dos de los testigos instrumentales le conozcan, no determinan de una manera precisa lo que debiera hacerse en el caso de que, por ser desconocido en la localidad dicho testador ó por cualquiera otra circunstancia, no pudiera llevarse á cabo la identificación.

Algo disponía la legislación del Notariado (1) sobre esto; pero sus prescripciones se referían únicamente á los casos extraordinarios y graves en que no fuera posible consignar por completo todas las circunstancias del otorgante, en los cuales ante el peligro de que el otorgante falleciese intestado, dicha ley autorizaba el otorgamiento con las precauciones establecidas en la misma. Pero no se halla en igualdad de condiciones el desconocido que, no estando en tan graves y extraordinarias circunstancias, quisiera disponer su última voluntad con las solemnidades establecidas para el testamento abierto ó cerrado, el cual tendría

---

(1) V. art. 23 de la ley y 69 del reglamento.

que resignarse á testar bajo la forma del testamento ológrafo si el Código no diera solución á dicha dificultad.

El caso será más ó menos frecuente, pero desde el momento que su posibilidad es reconocida, el legislador debía establecer la regla de derecho aplicable al mismo, facilitando el ejercicio del derecho concedido á todos los testadores para ordenar su disposición testamentaria en alguna de las formas admitidas para los testamentos comunes.

Tal es el motivo y la razón legal del precepto contenido en el primer párrafo de este artículo, en el cual se consigna el medio de dar solución á la dificultad antes indicada, previniéndose que después de reconocerse por el notario, ó los testigos en su caso, la imposibilidad de la identificación, se recojan los elementos posibles de comprobación é identidad, reseñando los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo, para que en su día pudiera acreditarse ésta.

Se ha censurado dicha disposición como perjudicial para la autenticidad de los testamentos, en el supuesto de que por este medio puede eludirse el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y llegarse quizás á dar lugar á ordenaciones de la última voluntad que sean verdaderos gérmenes de litigios. Pero para evitar ese peligro se halla el párrafo segundo del artículo, que, facilitando la impugnación de tales testamentos, ha de impedir que prosperen tales propósitos, en el caso de que intentase de ese modo falsearse la expresión de la voluntad por ilegítimas suplantaciones, toda vez que por la facilidad de dicha impugnación y por el peligro de la depuración de la falsedad han de retraerse de acudir á tales medios los que procurasen suponer la intervención incierta de una persona determinada.

Se ha censurado también el precepto de dicho párrafo por la innovación que se dice introducida respecto á las reglas generalmente admitidas sobre la imposición de la obligación de la prueba, pues siendo así que al actor incumbe siempre la de su demanda, en el presente caso se alteran los términos, imponien-

do la obligación de la prueba al demandado, á pesar de que la presunción debe estar en favor de la legitimidad de los actos jurídicos, deduciendo de esto que el Código presupone que el testamento así otorgado no se conceptúa válido mientras no se pruebe la identidad del testador.

Pero el error en que se incurre es bien notorio, pues ni hay la contradicción que se supone en cuanto á los principios sobre la imposición de la prueba, ni es exacta la deducción que pretende derivarse. Por el contrario, el testamento otorgado en esa forma es válido y eficaz en tanto que no se pruebe lo contrario. La ley le da valor y eficacia partiendo de la presunción de la identidad del otorgante, y, por lo tanto, de la autenticidad del instrumento; pero esa presunción no puede tener el carácter de *juris et de jure*, toda vez que no se han cumplido las formalidades establecidas por la ley, y limitada dicha presunción á la condición de *juris tantum*, ha tenido que reconocer la impugnación, y aun facilitarla como garantía y precaución conveniente para asegurar la autenticidad de tales actos. Y como, una vez admitida la impugnación, la litis se establece con una negación por parte del demandante y una afirmación por la del demandado, al que afirma corresponde probar la autenticidad por él mantenida, lo cual está en un todo conforme con los principios indicados.

Algunos Códigos extranjeros, estableciendo la misma disposición que el párrafo 1.º del artículo que estudiamos, añaden que *no tendrá validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador;* mas por las indicaciones que preceden desde luego se comprende que el precepto de nuestro Código se halla más conforme con la buena doctrina, porque la ley no puede, por regla general, reconocer en absoluto la existencia de actos jurídicos que no tengan eficacia por sí, sino mediante una posterior justificación, y de aquí la presunción legal de la legitimidad y eficacia de dichos actos mientras no fueren justa y debidamente impugnados.

El precepto del artículo que examinamos viene á facilitar por

modo considerable la testamentifacción activa, que es uno de los fines perseguidos por la reforma introducida en la materia relativa á la sucesión testada, y por lo tanto, en vez de las censuras injustificadas de que ha sido objeto, merece, por el contrario, estimársele como adelanto beneficioso en nuestra legislación, en cuanto tiende á evitar los inconvenientes que en otro caso impedirían la testamentifacción.

El proyecto de Código de 1882 estableció disposición análoga en su art. 681, y concuerda el que examinamos con el 3762 y 3763 del Código de Méjico, el 3493 y 3494 del de la Baja California y algunos otros.

ARTÍCULO 687

Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

El principio consignado en este artículo se halla conforme con lo establecido en la mayor parte de los Códigos extranjeros, bastando su mera exposición para que quede plenamente justificado el precepto que comprende.

En efecto; la validez del testamento, como la de todos los actos jurídicos, depende de la observancia de la ley que lo regule, y habiéndose establecido en el presente capítulo los requisitos que deben observarse en cada una de las diversas formas admitidas para la ordenación de las últimas voluntades, es de todo punto evidente que la falta de cumplimiento de sus respectivas prescripciones ha de producir necesariamente, por ministerio de la ley, la nulidad del acto ejecutado con infracción de las disposiciones legales que le regulen.

La prescripción de este artículo es una lógica consecuencia del criterio adoptado en el 4.°, y con arreglo á él, sólo en el caso de que el Código así lo estableciera expresamente por vía de excepción, sería cuando podría prosperar el testamento en cuyo

otorgamiento no se hubieran observado las formalidades exigidas para los de su clase.

Aunque el artículo que examinamos habla sólo de *formalidades,* no debe entenderse circunscrito su precepto á las meras ritualidades de forma, sino que se ha empleado dicha palabra en el concepto de las *solemnidades* todas del testamento, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo, el Código no distingue entre unas y otras, sino que indistintamente usa ambas denominaciones como sinónimas, por referirse las dos á la forma ó modo de hacer el otorgamiento (1).

Aunque por la generalidad y amplitud de sus términos parece que la disposicición de este artículo es tan absoluta, que ni el más insignificante requisito queda excluído de ella, bastando su falta para producir la nulidad del acto, sin embargo, su precepto se refiere, como desde luego se comprende, á aquellas formalidades que pueden afectar á la esencia y validez del otorgamiento.

Así se deduce de la doctrina sentada por la jurisprudencia en sentencia de 4 de Abril de 1895, en la que se declaró que no infringe el precepto de este artículo la sentencia que desestima la nulidad de un testamento ológrafo, combatido por no haberse salvado por el testador bajo su firma las palabras tachadas, enmendadas ó entrerrenglonadas, en el supuesto de ser ésta una de las formalidades exigidas para dicha clase de testamento; fundándose el Tribunal Supremo para dictar la resolución citada, en que dicha infracción puede afectar á la validez y eficacia de las palabras que en dichas circunstancias se hallaren, pero no al testamento mismo.

Las disposiciones de este capítulo se refieren unas al fondo y otras á la forma; y por lo tanto, el testamento puede ser nulo en cuanto al fondo ó en cuanto á la forma, según se refieran á uno ú otro concepto las prescripciones que hubieren sido infringidas en su otorgamiento.

---

(1) V. sentencia de 16 de Febrero de 1891.

Con arreglo á ellas, será nulo el testamento en cuanto al fondo:

1.° Cuando estuviere otorgado por persona menor de catorce años, ya fuere varón, ya hembra, ó cuando fuere menor de veintitrés años, si es ológrafo el testamento.

2.° Cuando fuere otorgado por persona que al tiempo del otorgamiento no se hallare en su cabal juicio.

3.° Cuando contuviere disposiciones sobre la herencia ó los legados, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que no reunan las condiciones ó caracteres del testamento ológrafo. Esta causa de nulidad es parcial y se refiere á las disposiciones que se hallaren en dichas condiciones.

4.° Cuando estuviere otorgado con violencia, dolo ó fraude.

5.° Cuando contuviere alguna disposición á favor de un incapaz para suceder, ó de los testigos, de ciertos parientes de éstos ó del notario autorizante, salvo respecto de los legados de poca importancia. Éste es también otro caso de nulidad parcial, y, por lo tanto, sólo serán nulas las disposiciones que se encontraren en dichas condiciones.

6.° Cuando en él se desherede á algún heredero forzoso sin justa causa. En este caso valdrán las demás disposiciones que no mermen la legítima del desheredado.

Será nulo el testamento en cuanto á la forma:

1.° Si fuere mancomunado.

2.° Si estuviere otorgado por comisario.

3.° Si no fuere otorgado ante notario hábil y el número suficiente de testigos idóneos, siendo común y abierto.

4.° Si el notario y dos de los testigos no conocieran al testador, ni se supliera este defecto por los medios legales.

Acerca de esta causa de nulidad tiene declarado el Tribunal Supremo, que limitándose el notario autorizante á consignar que los testigos instrumentales desconocen al testador, sin hacer declaración alguna respecto á la imposibilidad de identificar su persona en la forma prevenida en el art. 685 del Código, se omite por ello una de las formalidades requeridas en tal caso por

el art. 686, siendo en dicho caso manifiesta la nulidad del testamento otorgado en tales condiciones, á tenor de lo prescrito en el art. 687, cuyos preceptos resultarían infringidos al declararse la validez de dicho testamento (1).

5.º Si el otorgamiento no se verificase en un solo acto.

6.º Si siendo cerrado, no contuviera el acto de su otorgamiento las firmas necesarias de los testigos, y la firma y signo del notario, ó se hubiere omitido alguna de las solemnidades determinadas en el art. 707 del Código.

7.º Si en los testamentos especiales no se observare la ritualidad establecida para cada uno de ellos.

8.º Si en una memoria testamentaria posterior al Código no concurren los requisitos exigidos para el testamento ológrafo. Artículo 672 y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1900.

Por resolución de la Dirección de los Registros de 26 de Septiembre de 1904, se declara que las faltas que invalidan los testamentos no producen necesariamente su nulidad, pues los interesados, únicos á quienes corresponde promover cuestión acerca de la validez, pueden aceptarlos ó respetarlos y cumplirlos como si los testamentos estuviesen revestidos de todos los requisitos legales, razón por la cual no puede afirmarse *à priori* que un testamento es nulo, sin que esta doctrina desvirtúe el precepto general y absoluto del art. 687, dictado para los tribunales, que, á su tenor, han de fallar *à posteriori*, previa reclamación de parte interesada, mas no para el Registrador, que no puede rechazar un testamento contra la voluntad de los que pueden acatarlo como válido, caso de que realmente tuviese algún vicio por el que pudiera ser anulado.

Incumbe solamente á los Tribunales, repiten las sentencias de 23 de Mayo de 1905 y 27 de Junio de 1908, la apreciación de si en un testamento se han guardado ó no las formalidades legales.

---

(1) Véase la sentencia de 31 de Mayo de 1893.

Pueden consultarse, en el comentario del art. 681, la sentencia de 21 de Noviembre de 1899; en el del 685, las resoluciones de la Dirección de los Registros de 26 de Mayo del mismo año y 12 de Febrero de 1901: en el del 695, las sentencias de 24 de Diciembre de 1896 y 1.º de Febrero de 1907, y en el del 702, la de 5 de Mayo de 1897, 31 de Diciembre de 1904 y 9 de Marzo de 1908.

Además, en 6 de Abril de 1896, el Tribunal Supremo, en términos generales, declara que cumplidas en el testamento las formalidades legales exigidas en los artículos 685, 687, 694, 695 y 699, el testamento es válido, aunque incorrectamente en su forma, el Notario no exprese haberlo leído *en alta voz*, dé fe del conocimiento y cualidades del testador y no del cumplimiento de todos los requisitos legales, y diga que el testador *parecía* hallarse en la integridad de sus facultades intelectuales, y no que *á juicio del Notario* lo estaba.

Aplican también, el art. 687, las sentencias de 1.º de Junio de 1901 y 25 de Junio de 1903.

Este artículo tiene sus precedentes en la legislación romana, en las leyes 12 y 21, tít. 23, libro 6.º del Código Justinianeo, reproducidas en la ley 32, tít. 9.º de la Partida 6.ª

El proyecto de Código de 1882 propuso idéntico precepto en su art. 682, y concuerda además con el 3774 del Código de Méjico, el 896 del de Veracruz, el 3505 del de Baja California, los artículos 3660, 3661 y 3662 del de la República Argentina y algunos otros extranjeros, y con el 588 del proyecto de Código de 1851.

SECCIÓN CUARTA

DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

En las páginas 285 á 287, ambas inclusive, de este tomo, hemos expuesto ya el concepto que nos merece el testamento ológrafo, y á lo dicho entonces nos remitimos, limitándonos á indicar al presente, que la admisión de esta forma de testar constituye una reforma necesaria y conveniente, debiendo ser consi-

derada como un verdadero y eficaz progreso por las razones que en dicha ocasión expusimos.

Con injustificada prevención ha sido acogido el testamento ológrafo por la mayor parte de los tratadistas, llegando algunos á estimarle como una novedad peligrosa, cuyas consecuencias pueden ser en extremo perjudiciales.

Lo dicho al exponer el juicio crítico de esta reforma en las páginas antes citadas, convence de la injusticia y de la exageración con que proceden los que de este modo piensan, pues no es cierto que esta forma de testar presente mayores peligros que otras sancionadas por el derecho tradicional, como por ejemplo, las memorias testamentarias, que aun menores garantías ofrecían, y que, si bien sin sanción legal expresa, se hallaban admitidas y reconocidas en el estado legal anterior al Código; no siendo cierto tampoco que constituya una novedad ajena á nuestras costumbres, pues, por el contrario, como ha dicho un autor, puede considerársele como el triunfo de nuestras costumbres y del derecho patrio frente á las disposiciones de la ley que siguieron la influencia del romanismo respecto á la formularia y solemne expresión de la voluntad.

Como precedente del testamento ológrafo en nuestro antiguo derecho, puede citarse la ley 15, tít. 5.º, libro 2.º del Fuero Juzgo, *De olografis scripturis*, la cual permitía que cuando por la calidad de los lugares no se encontrase el suficiente número de testigos, se pudiera hacer el testamento con la sola intervención del testador, escribiéndole éste todo de su mano, con expresión del día y año, y firmándolo; en cuyo caso, dentro de los seis meses siguientes á la muerte del testador, habido el testamento, debía presentarse al obispo ó juez para que lo firmase y valiera mediante el cotejo con otros escritos del testador.

Algunos otros precedentes se ha pretendido encontrar en la ley 4.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, referente á los testamentos de los militares, y en la 7.ª del mismo título y Partida, relativa al testamento que el padre podía hacer á favor de sus hijos y descendientes, el cual valía *magüer non fuese fecho acabadamente;*

siendo derogado después dicho testamento, llamado *inter filios*, por las leyes de Toro, recopiladas en las 1.ª y 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima. Pero rectamente apreciadas estas dos formas especiales y privilegiadas de testar, desde luego se observa que no tienen de común con el testamento ológrafo más que la potestad de ser otorgado por el mismo testador y sin intervención de testigos, en determinados casos, por efecto de su condición personal á la vez que por la premura de las circunstancias.

El verdadero y único precedente de esta clase de testamentos se halla en la ley del Fuero Juzgo citada, la cual, tomándolo de la 28, tít. 23, libro 6.º del Código Justinianeo, le introdujo en nuestra legislación, si bien como forma supletoria para los casos de peligro de próxima muerte, y además para cuando no se hallasen testigos en número suficiente para otorgar testamento.

Desde dicho cuerpo legal desapareció el testamento ológrafo hasta la época presente, en que se le ve figurar ya en el proyecto de Código de 1851 con carácter general, como un medio de facilitar la testamentifacción activa y de evitar los testamentos *in extremis*, tan expuestos á sorpresas, sugestiones é intrigas codiciosas.

En la legislación foral sólo se encuentran semejanzas en el testamento *inter filios* ó entre ascendientes y descendientes, vigente en Cataluña, según repetidas declaraciones de la jurisprudencia (1), conforme á la Novela 107, que forma parte de su derecho supletorio.

No todos los países han aceptado el testamento ológrafo en su legislación: en este caso se encuentran Portugal, Méjico, los Estados Unidos, Sajonia, Guatemala y algunas otras naciones; pero la mayor parte de las legislaciones lo admiten, y, de acuerdo con ellas, le ha restablecido nuestro Código.

---

(1) V. las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1881, 10 de Marzo de 1882 y 1.º de Julio de 1887.

ARTÍCULO 688

El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él, y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

De las indicaciones con que hemos encabezado el estudio de las disposiciones de esta sección, resulta que el Código, siguiendo el ejemplo de otras muchas legislaciones extranjeras, ha restablecido en nuestra legislación el testamento ológrafo, no con el carácter supletorio y especial que en lo antiguo tuvo, sino como una forma común y ordinaria, si bien exigiendo, para garantir su autenticidad, la observancia de determinados requisitos y la adopción de eficaces precauciones, cuya exposición constituye el objeto del presente artículo.

En primer lugar, separándose del principio establecido en el art. 663, sólo se concede al mayor de edad la capacidad para otorgar esta case de testamentos, con objeto de evitar, según hemos dicho en otra ocasión, los peligros á que podrían estar expuestos los que se hallasen aún en la minoridad.

Otro de los requisitos exigidos como garantía de la autenticidad de estos testamentos, es que esté escrito todo por el testador y firmado por éste, sin que pueda encomendarse á otro la extensión material, porque en ese caso faltaría la base para identificar la letra, que es el propósito á que obedece esta formalidad, porque la ley supone más difícil de falsificar todo un documento que la sola firma del testador. Otorgándose estos testamentos sin ninguna de las solemnidades que en los comunes son garantía contra la suplantación ó simulación, se les ha

rodeado de la autenticidad, que ha de darles el estar escritos íntegramente por el otorgante. Así es que, para los efectos de la ley, tanto quiere decir testamento ológrafo como autógrafo.

Además, otro de los requisitos exigidos para la validez del testamento ológrafo, es que se exprese en él el año, mes y día en que se otorga. De este modo, con la expresión de la fecha, se consigue conocer el momento del otorgamiento, para poder apreciar si en dicha época gozaba el testador de la capacidad necesaria para testar en esa forma, ó, si, por el contrario, adolecía de alguna incapacidad. Además, dicha expresión resulta necesaria para comprobar si el papel empleado es ó no del año del otorgamiento, como el mismo artículo previene, y para apreciar la validez del testamento, si apareciere otro anterior ó posterior.

En cuanto á dicho requisito, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo tiene declarado que no se infringe este precepto al declarar válido el testamento ológrafo en que se empieza consignando el mes, después el día y luego el año, fundándose para ello, en que cualquiera que sea el orden en que se expresen los términos de la fecha del otorgamiento, resulta claramente cumplida esta condición esencial, sin que la costumbre del lugar en este punto pueda tener transcendencia alguna (1).

Con un criterio demasiado amplio, se declara en la sentencia de 17 de Noviembre de 1898 por el Tribunal Supremo que el testamento ológrafo empezado á escribir al finalizar un año y terminado al empezar el año siguiente, es válido aunque todo él aparezca extendido en papel sellado del año en que se empezó, distinto al en que se terminó y fechó, por no exigirse en dichos testamentos la unidad de acto, ni otros requisitos formales y restrictivos, hallándose probado que no pudo terminarse por su mucha extensión en uno ni dos días, y que el papel fué comprado en fin del año anterior al de su fecha.

En la expresión ordenada por este artículo, el Código no

---

(1) Véase la sentencia de 4 de Abril de 1895.

comprende la del lugar del otorgamiento, y se ha censurado esa omisión, que se atribuye á un olvido injustificado é inexplicable, toda vez que el art. 706 la exige en el testamento cerrado, y constituyendo dicha expresión un medio más de identificación, entienden los impugnadores de este precepto que era doblemente oportuna esa garantía en un testamento como el ológrafo, que se halla desprovisto de las solemnidades del cerrado; y discurriendo sobre ello y con dicho criterio, se ha llegado á suponer que dicha omisión podría dar lugar á que se discutiera, como medio de impugnar su autenticidad, si estaba ó no otorgado en el extranjero, lo cual es imposible, puesto que ha de ser extendido en papel sellado y éste sólo es de uso en el país.

Como consecuencia del requisito exigido de ser autógrafos estos testamentos para que tengan eficacia, surge la necesidad de que el testador salve por sí mismo y con la autorización de su firma las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones que en ellos hubiere, pues de este modo se obtiene la garantía de que no ha de ser adulterada por un extraño la voluntad del otorgante, como podría suceder si se permitiera á un tercero la potestad de hacer esas salvedades.

Debe tenerse en cuenta que, según dijimos al examinar el artículo anterior, la omisión de la salvedad no anula el testamento, según la regla de jurisprudencia establecida en la sentencia de 4 de Abril de 1895, citada en dicha ocasión.

No todos los autores opinan de la misma manera, pues algunos entienden que dicha omisión debiera producir la nulidad del testamento, con arreglo al art. 687, toda vez que resultaba incumplida una de las formalidades preceptivamente establecidas en una de las disposiciones del presente capítulo. Pero son tan poderosas y concluyentes las razones que sirvieron de fundamento al Tribunal Supremo para sentar la doctrina legal citada, que no puede quedar la menor duda sobre su procedencia.

Dice dicho Tribunal: No infringe lo dispuesto en este artículo del Código (el 688) la sentencia que no declara la nulidad de un testamento ológrafo que contenga palabras tachadas, enmenda-

das ó entre renglones, no salvadas por el testador bajo su firma, según previene el párrafo 3.º del mismo, porque, en realidad, tal omisión sólo puede afectar á la validez ó eficacia de tales palabras, y nunca al testamento mismo, ya por estar esa disposición en párrafo aparte de aquel que determina las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya porque, de admitir lo contrario, se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas no salvadas, que en nada afectasen á la parte esencial y respectiva del testamento, vinieran á anular éste, y ya porque el precepto contenido en dicho párrafo ha de entenderse en perfecta armonía y congruencia con el art. 26 de la ley del Notariado, que declara nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonados, raspaduras y tachados en las escrituras matrices, siempre que no se salven en la forma prevenida, pero no el documento que las contenga, y con mayor motivo cuando las palabras enmendadas, tachadas ó entrerrenglonadas no tengan importancia ni susciten duda alguna acerca del pensamiento del testador, ó constituyan meros accidentes de ortografía ó de pureza escrituraria, sin transcedencia alguna (1).

La prescripción contenida en el último párrafo de este artículo, facultando á los extranjeros para otorgar testamento ológrafo en su propio idioma, constituye una regla de buen sentido y de indiscutible conveniencia, por la mayor facilidad que han de tener dichos testadores para expresarse en la lengua de su país que en ninguna otra, lo cual aleja la presunción ó la posibilidad de que se padezcan errores de expresión, dando mayor seguridad de que lo escrito por el otorgante es la exacta manifestación de su voluntad.

Como ampliación de lo dicho, véase lo expuesto en el comentario del art. 684 acerca de si es ó no necesaria en esta clase de testamentos otorgados por extranjeros la intervención de los intérpretes y la observancia de las demás formalidades exigidas en dicho artículo.

---

(1) V. sentencia de 4 de Abril de 1895.

En las indicaciones hechas al principio de esta sección hemos visto los precedentes y la historia de esta institución en nuestro antiguo derecho. El proyecto de Código en su art. 564, y el de 1882 en el 684, establecieron preceptos análogos á los consignados en los párrafos 2.º y 3.º del que comentamos. La disposición del párrafo último se hallaba comprendida además en el art. 685 del proyecto de 1882.

En la primera edición del Código no se hizo excepción alguna respecto de la edad, como tenemos ya dicho, y, según él, podía ser otorgado el testamento ológrafo lo mismo que el abierto ó cerrado por el mayor de catorce años; pero en vista de los inconvenientes que podría producir el conceder dicha facultad á personas de tan corta edad, y tan expuestas á peligros, imposibles de evitar en esta clase de testamentos por la reserva con que son otorgados, se introdujo la modificación indicada en los términos que aparece del párrafo 1.º del presente artículo. Véase también, como ampliación de lo dicho, lo expuesto acerca de este particular al comentar los arts. 662 y 663.

Como puede comprobarse comparando el texto del artículo que comentamos en la presente edición, con el que aparecía en las ediciones anteriores, se ha suprimido uno de los requisitos que al redactarse el Código civil, estimó el legislador como esencial para la validez del testamento ológrafo: la extensión en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento. Esta reforma la llevo á cabo la ley de 21 de Julio de 1904, que también modifica el texto del art. 732.

Aceptamos la modificación sin disgusto. Hay en la expresión de la última voluntad de una persona, algo tan esencial y de transcendencia para las familias y la propiedad que repugna que quede en cierto modo pendiente del cumplimiento de una formalidad tan puramente externa y secundaria como el papel en que pueda constar. La misión de los Tribunales en esta clase de testamentos es algo más importante que la deducir su fecha guiándose por el papel sellado que se emplee, y si aparece claramente que el testamento fué escrito por el testador y que

aquélla fué su propia y deliberada voluntad para después de su muerte, la circunstancia accidental de que conste en papel común, tal vez por ignorancia, ó en papel sellado de tal ó cual año, no debe influir en la validez, porque equivaldría á contrariar y dejar de cumplir los fines y deseos del causante, con conciencia de que se trataba realmente de su última, expresa y deliberada voluntad. Por otra parte, la práctica enseña que es posible que un testador consigne su testamento en papel común por no hallarse convenientemente ilustrado sobre la necesidad de emplear papel del timbre; pero es casi imposible que los que traten de cometer una falsificación simulando un acto de última voluntad que no llegó á existir, dejen de cumplir ese requisito de forma, sin que sea difícil por desgracia proveerse del papel necesario al efecto. Por último, hay casos en los que la exigencia de papel sellado constituye un obstáculo importantísimo que impide que la persona que quiere testar aproveche las ventajas de esta forma especial de testamentos.

Se ha discutido con relación á la legislación de otros países, si debía ó no considerarse válido el testamento escrito en varias hojas sueltas, si entre ellas existiere la relación necesaria y el enlace debido, para poder considerarse dicho testamento como un solo y único acto. Algunos Tribunales franceses y varios tratadistas han entendido que sería válido el testamento otorgado en dichas condiciones. Otros, por el contrario, entienden que no debe valer, por no revestir la formalidad suficiente para impedir la alteración ó la suplantación, á menos de estar firmadas todas las hojas por el testador. Dado el texto actual del artículo que nos ocupa, no encontramos base suficiente para negar validez á un testamento hecho en la forma expuesta, fundándose sólo en la circunstancia de escribirse en hojas y no en pliegos.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1901, era, aun antes de la reforma, válido el testamento ológrafo otorgado por una persona aforada en las Provincias Vascongadas, aunque aparezca extendido en papel común y no sellado.

La de 25 de Junio de 1903 declaró nulo un testamento ológrafo extendido en papel común con el sello de la Dirección de un Hospital militar. Hoy no cabría semejante declaración.

La de 14 de Mayo del mismo año 1903 declara que los documentos otorgados con todas las formalidades hoy requeridas para el testamento ológrafo, pero en fecha anterior al Código civil, carecen de validez, procediendo la sucesión intestada.

Concuerda el que examinamos con el art. 970 de los Códigos de Bélgica y Francia, con el 1026 del de Chile, con el 775 del de Italia, con el 791 del de Uruguay, con el 1589 del de la Luisiana, con el 979 del de Holanda, con el 880 del de Veracruz, con el 3639 y siguientes al 3650 del de la República Argentina, con el 577 y 578 del de Austria y con el 662 del de Bolivia.

ARTÍCULO 689

El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

ARTÍCULO 690

La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación.

También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto.

ARTÍCULO 691

Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo.

A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

ARTÍCULO 692

Para la práctica de las diligencias expresadas en el artículo anterior serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos.

Si estas personas no residieren dentro del partido, ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal.

Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

ARTÍCULO 693

Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los Registros del Notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización.

Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Como el testamento ológrafo es, por la forma de su otorgamiento, la expresión meramente privada de la última voluntad del testador, requiere para su validez y eficacia que debidamente se acredite la identidad del mismo, y hecho esto, se protocolice en el registro público correspondiente para que adquiera los caracteres de autenticidad y publicidad necesarios á todo testamento privado.

Á partir de dicha protocolización adquirirá la cualidad de instrumento público como los demás documentos de esta clase, teniendo la misma fuerza legal que ellos; y por lo tanto, será considerado como la verdadera y legítima disposición testamentaria del otorgante, mientras no fuere declarada en forma su nulidad ó ineficacia total ó parcial.

Nuestro Código, como todas las legislaciones extranjeras, ha estimado precisa para su validez y como garantía de verdad la protocolización del testamento ológrafo, del mismo modo que la exige para todos los otorgados sin intervención de notario y para los cerrados, y en los cinco artículos que preceden se establece, no sólo el principio de dicha necesidad, sino también las reglas que se han considerado más convenientes y adecuadas al objeto á que dicho requisito obedece, y los preceptos más eficaces para conseguir su cumplimiento.

Muchas de sus disposiciones son reglas puramente de procedimiento, más propias de una ley procesal que de los preceptos sustantivos de un Código civil; pero ante la necesidad de ordenar desde luego la forma de llevarlo á cabo, toda vez que la ley de Enjuiciamiento, como anterior á la admisión de esta clase de testamentos, nada pudo prever acerca de ello, los autores del Código se vieron en la precisión de regular los trámites de dicha protocolización, trayendo al mismo las prescripciones co-

rrespondientes, como lo hicieron respecto de algunas otras instituciones, sin esperar á la reforma de la ley adjetiva.

Las reglas establecidas en los arts. 1969 al 1979, ambos inclusive, de dicha ley, relativos á la protocolización de las memorias testamentarias, hoy virtualmente derogadas y sin aplicación á virtud de lo dispuesto en el art. 672 del Código, no bastaban á dicho fin por la especial naturaleza del testamento ológrafo, y por la necesidad de adoptar la mayor suma de precauciones que evitaran los peligros á que podía estar expuesta esa forma especial de testar.

Tal fué la razón del establecimiento de las disposiciones contenidas en los arts. 690 al 693, inclusive, que sirven de complemento y desarrollo al principio consignado en el 689, por cuyo motivo nos ocupamos de todos ellos en un solo comentario.

Con el propósito de revestirle de toda solemnidad y de las mayores garantías de imparcialidad, en nuestro derecho común, á partir de la legislación alfonsina, el legislador ha cometido siempre á la autoridad judicial la intervención en las diligencias de identificación y protocolización de los testamentos privados, y lo mismo ha establecido el Código, disponiendo en el art. 689 que con dicho objeto sea presentado al juez de primera instancia del último domicilio del testador, que, según el número 5.º del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, es el competente para conocer de los juicios de testamentaría y *abintestato*, ó al del lugar del fallecimiento de dicho testador.

La razón de dicho precepto por nadie puede ser discutida, pues siendo la autoridad judicial la llamada á declarar la legitimidad ó ilegitimidad de los actos jurídicos, así como su validez y eficacia, sólo dicha autoridad puede decretar la protocolización, cuyo acuerdo presupone el reconocimiento de la identidad y validez de la disposición tastamentaria, mientras no se pruebe lo contrario.

Se ha dicho, sin embargo, que pudiendo ocurrir en algunos casos que por determinadas causas sea materialmente imposible presentar el testamento ológrafo ante el Juzgado de primera

instancia correspondiente dentro de tiempo, no debiera la ley limitar á éste su presentación, sino que pudiera facultarse para recibirlos á los jueces municipales en casos urgentes, de la misma manera que se les autoriza para intervenir en la prevención de los abintestatos (1), con lo cual se evitarían perjuicios, molestias y gastos á las personas obligadas al cumplimiento de ese deber, en el caso de que residieran en punto distinto del de la cabeza del partido.

Pero fácilmente se comprende que no existe paridad de circunstancias, ni razón de analogía siquiera entre la presentación del testamento ológrafo y la prevención del juicio de abintestato. En este caso, la jurisdicción ejercida por el juez municipal es puramente preventiva, limitada tan sólo á la seguridad de los bienes y á proveer á las necesidades apremiantes del momento, hasta que pueda darse aviso ó remitirse las diligencias al juez de primera instancia, mientras que en las practicadas para la presentación y protocolización de los testamentos ológrafos, ni hay esa razón de urgencia, ni existen los peligros que se ha tratado de evitar con aquella inmediata intervención de los jueces municipales.

El Código, por el contrario, señala un plazo suficientemente amplio para la presentación, como veremos más adelante, y al ordenar que ésta se haga directamente al juez que ha de intervenir en las diligencias, ha querido evitar las posibles alteraciones que el testamento pudiera sufrir en el sucesivo pase de unos funcionarios á otros, y que, por el contrario, la persona que le presente sea la única responsable directamente, en su caso, ante el juez que ha de apreciar sobre la identificación ó simulación del testamento presentado.

La conveniencia de evitar molestias ó perjuicios á las personas interesadas, no es ni puede ser una razón bastante para otorgar esa facultad á los jueces municipales, pues esto es ex-

---

(1) V. art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su caso 5.º, antes citado.

traño á la competencia asignada á los mismos, y, por lo tanto, sólo los jueces de primera instancia indicados son los únicos competentes para recibir tales testamentos, sin que pueda entenderse el precepto del art. 689 más allá de lo que la ley permite, ni ampliarse la jurisdicción de los jueces municipales á aquellos actos para los que no les da competencia la ley orgánica del Poder judicial.

Si por causa de fuerza mayor no pudiera acudir al Juzgado de primera instancia la persona obligada á presentar el testamento, que es la única razón útil que se ha alegado, no existiría tampoco el obstáculo ó el inconveniente que se supone, pues el art. 311 de la ley de Enjuiciamiento civil provee á dicha dificultad permitiendo que puedan suspenderse, aun los términos improrrogables, por fuerza mayor que impida utilizarlos.

El artículo dice en primer término, que la presentación ha de hacerse al juez del domicilio, y para la determinación de éste ha de estarse á lo dispuesto en el art. 40 del Código y á lo establecido en los arts. 64, 67 y 68 de la ley de Enjuiciamiento civil respecto de las mujeres casadas, de los menores ó incapacitados, de los empleados y de los militares.

Para que sea válido y eficaz el testamento ológrafo, ha de hacerse dicha presentación dentro del término de cinco años, á contar desde el día del fallecimiento. En el proyecto de Código de 1882 se fijaba el plazo de un año; pero considerándose demasiado breve dicho plazo, se amplió en los términos indicados.

Aunque el término concedido es bastante amplio, pudiera ocurrir que no se tenga noticia del fallecimiento del testador hasta que esté para concluir ó después de haber concluído, y para ambos casos proponen algunos tratadistas que, cumplidamente justificado dicho extremo, empiece á contarse el plazo de los cinco años desde la fecha en que se tenga noticia de aquel suceso, y en su caso, desde la declaración de presunción de muerte (1); pero observándose, á partir de esas fechas, el tér-

---

(1) Arts. 191 y siguientes del Código.

mino fijado en el art. 690, el cual, dicen, parece sancionar esta interpretación, toda vez que al establecer el plazo de diez días para la presentación del testamento por el que lo tuviere, parte desde la fecha *en que tuviere noticia del fallecimiento.*

A nuestro juicio, esa inteligencia es errónea, pues si el término de los cinco años hubiera de contarse siempre desde que se tuviera noticia de la muerte, y la presentación ha de hacerse necesariamente dentro de los diez días siguientes á dicha fecha, holgaría el precepto del art. 689 en este punto.

Los términos de dicho artículo no admiten esa distinción. En él se establece un punto fijo de partida y un plazo fijo también para que no estén permanentemente en lo incierto los derechos sucesorios ni la validez y eficacia del testamento ológrafo otorgado. Ese punto de partida es la fecha del fallecimiento del otorgante, ó la de la declaración de la presunción de muerte, que surte el mismo efecto para abrir la sucesión, y no el día en que se tenga noticia de dicha muerte.

Lo que quiere decir, y dice el art 690, es que la persona que lo tenga en depósito, lo presente como máximun á los diez días siguientes de tener noticia de la muerte del testador, pero siempre dentro de los cinco años, fijados en el 689. Si se presenta después de esos cinco años, aunque dentro de los diez dias citados, el testamento habrá incurrido en caducidad y no podrá ser eficaz ni valedero. Tal es nuestra opinión.

Ese plazo de diez días se halla establecido únicamente para el efecto de que la persona obligada á hacer la presentación sea ó no responsable de los daños y perjuicios causados por la dilación.

El Código no podía establecer más que esta sanción civil; pero, independientemente de ella, podría en su caso incurrirse además en la responsabilidad penal correspondiente, si intencionalmente se demorase la presentación, se destruyera ó inutilizara el testamento otorgado ó se ocultase para que por su ineficacia se diera lugar á la sucesión legítima.

Los términos con que empieza la disposición del art. 690

citado, han hecho creer á un expositor del Código, que el testamento ológrafo necesariamente ha de ser depositado en poder de persona distinta del otorgante, para que en su día pueda cumplir el deber de presentarlo al juez competente para su protocolización. Pero esta exigencia está en pugna con una de las principales razones que justifican la adopción del testamento ológrafo, cual es la de establecer una forma de testar tan secreta, que nadie llegase á saber siquiera la existencia del en que hubiere sido consignada la última voluntad del otorgante.

Nuestro Código ha seguido el mismo criterio que casi todos los americanos, y conforme con la doctrina sancionada por los mismos, puede conservar el testamento el mismo testador; puede también entregarlo á otra persona, sea ó no de las favorecidas en él, y aun puede depositarlo en poder de un notario.

Lo que preceptúa el artículo citado, es que si el testamento obra en poder de alguna persona por haber sido depositado en ella, lo presente en los términos fijados en el mismo, cualquiera que ésta sea; y si, por el contrario, lo conservaba el testador y fué encontrado por el heredero, por el legatario, etc., pueden éstas á su vez presentarlo para la protocolización. Excusado es decir que para estas personas rige lo dispuesto en el párrafo 1.º respecto del depositario del testamento, en cuanto al plazo para la presentación.

Relacionada con dicha presentación, los comentaristas plantean otra cuestión. El párrafo 2.º del art. 690 dice: que podrá presentar el testamento ológrafo cualquiera que tenga interés en él, como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto. Al establecer dicha disposición, parte la ley del supuesto de que el testamento esté en poder de ese interesado; pero si no lo tiene, ¿podrá pedir la presentación, en el caso de tener noticia de su otorgamiento y de la persona en cuyo poder se halle?

Algunos, ateniéndose tan sólo á los términos del artículo citado, niegan ese derecho, porque el Código no lo establece y sólo

dice que podrán presentarlo éstos; pero en ello padecen notorio error, á nuestro juicio.

Cierto es que el Código no declara ese derecho; pero hay que tener en cuenta que no era á él á quien competía declararlo, sino al derecho procesal. Así es que tampoco ha consignado en las secciones correspondientes el derecho que á los interesados en un testamento pueda asistir para pedir su elevación á escritura pública, si fuere abierto y otorgado sin intervención de notario, ó para reclamar su presentación á la protocolización, si fuere cerrado, cuyo derecho se encuentra en el mismo caso que el antes citado, y por el contrario, el Código, respetándole implícitamente, se refiere para su determinación y ejercicio á la ley de Enjuiciamiento civil, como puede verse en los artículos 704 y 714.

Dicha ley de Enjuiciamiento no podía establecer nada respecto al testamento ológrafo, por ser anterior al Código; pero tal omisión no puede constituir una razón en contra de ese derecho, y por analogía á lo establecido en el art. 1957 de la citada ley, vigente aun para los testamentos cerrados, habría que reconocérseles, pues la razón legal es la misma en estos testamentos que en el ológrafo.

Los arts. 691, 692 y 693 comprenden las garantías que el legislador ha creído deber adoptar para asegurarse de la legitimidad ó identidad del testamento, como requisito preciso para la protocolización, las cuales guardan gran semejanza con las medidas de precaución que establecía el derecho antiguo para la elevación á escritura pública de los testamentos hechos de palabra y para la protocolización de las memorias testamentarias.

Aunque el Código no lo dice, conviene que, á semejanza de lo establecido en los arts. 1958 y 1970 de la ley de Enjuiciamiento civil para los testamentos cerrados y memorias testamentarias, se extienda diligencia por el actuario, suficientemente expresiva, del estado en que se hallare el testamento ológrafo y de todas aquellas circunstancias que puedan ser útiles para apre-

ciar y comprobar su identidad y evitar falsificaciones; cuya diligencia, que deberá extenderse á continuación de la presentación, habrá de ser firmada por el presentante.

Los términos en que se halla redactada la primera parte del párrafo 1.º del art. 691 han suscitado en algunos la duda de si el testamento ológrafo habrá de ser siempre cerrado, puesto que en dicho párrafo se ordena que el juez *haya de abrirlo* ante todo; pero dicha inteligencia adolece de evidente error, puesto que el mismo artículo, al imponer al juez dicha obligación, lo hace condicionalmente, diciendo que lo abrirá *si estuviere en pliego cerrado*; luego si no se hallare contenido en ningún pliego de dicha clase, no tendrá necesidad de abrirle, reconociendo con ello la posibilidad de que fuere abierto. Ningún inconveniente existe para ello, y, por lo tanto, será igualmente válido aunque se otorgue y se presente en dicha forma, si bien lo más probable es que se haga en la primera de ellas, dada la reserva á que obedece esta clase de testamentos, y, por consiguiente, la ley ha tenido que prever este supuesto y ordenar lo procedente en dicho caso, y por eso dice que, cuando estuviere contenido en un pliego cerrado, el juez lo abra y rubrique, ante todo, con el actuario, las hojas de que conste. Esta garantía también debe adoptarla si el testamento se presentare abierto.

Con este motivo preguntan algunos comentadores: ¿qué deberá hacer el juez á quien se presente un testamento ológrafo para su protocolización, contenido en un pliego cerrado, y en la cubierta ó en el texto del mismo se indicara ó dispusiera que no se publicase alguna de las cláusulas hasta cierto día ó hasta una época determinada?

La ley de Enjuiciamiento civil, en sus arts. 1966, 1967 1972, relativos á la apertura de testamentos cerrados y á la protocolización de memorias testamentarias, disponía que se suspendiera la apertura si se presentaban cerrados, y si abiertos, que el juez los leyera para sí ó en secreto, entregándolos después al actuario para que lo hiciera en alta voz, excepto la cláusula ó cláusulas que debieran reservarse, y no disponiendo

nada en contrario el Código, debe por analogía seguirse lo dispuesto en dichos artículos.

En cuanto á la citación que el art. 692 manda hacer á las personas expresadas en el mismo, nada tenemos que decir, pues no necesita comentario alguno esta garantía, toda vez que esas personas son por su orden los interesados, en primer término, en que se depure la identidad y legitimidad del testamento, por ser los llamados por la ley á la sucesión legítima, en el caso de que la protocolización de dicho testamento fuere denegada Es natural y lógico que en el caso de concurrir dichas personas á las diligencias de protocolización, puedan hacer en el acto, de palabra las observaciones que estimen oportunas sobre la autenticidad del testamento, pues precisamente para ese efecto son llamadas, y así lo dispone dicho artículo.

Pero téngase presente que si bien el juez habrá de tomar en consideración dichas observaciones para formar su juicio sobre la identidad del testamento, aunque se hagan con el carácter de oposición, y aunque se formule ésta por escrito, tal oposición no puede producir en ningún caso el efecto de hacer contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria, ni el de impedir que el juez dicte la resolución que estime procedente otorgando ó negando la protocolización del testamento cerrado. Cualquiera que sea esta resolución, ha de llevarse á efecto, no obstante la oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda, como se ordena en el párrafo 2.º del art. 693. Dicho juicio, para impugnar ó sostener la identidad y validez del testamento, habrá de ser, por regla general, el ordinario de mayor cuantía.

No menos natural y necesaria es la consecuencia derivada de los artículos citados y consignada en el 693, de que en el caso de estimar el juez justificada la identidad del testamento, lo mande protocolizar con las diligencias practicadas para ello, porque éstas son complemento del indicado testamento y deben correr unidas al mismo para debida justificación de su autenticidad. No dice el Código dónde deberá protocolizarse, puesto que

habla sólo del notario correspondiente, sin expresar cuál sea éste; pero por analogía á lo dispuesto en el art. 1955 de la ley de Enjuiciamiento civil vigente para los testamentos abiertos, otorgados sin intervención de dicho funcionario, la protocolización habrá de hacerse en los registros del notario de la cabeza de partido, y si hubiere más de uno, en los del que designe el juez.

Un comentarista, sin embargo, establece reglas distintas, diciendo que el notario correspondiente es el del domicilio del testador; y si hubiere varios en el pueblo, el que el juez designe entre ellos ó el que los interesados señalen, y si hubiere dualidad de opiniones entre los interesados, el que elija el heredero, y si no hubiere institución de heredero en el testamento, el que diga el legatario de mayor importancia Basta la exposición de estas reglas para comprender cuánto más legal, acertado y lógico es el criterio que hemos indicado, en vez de confiar la designación al mayor interesado, que es lo que en resumen viene á aconsejarse en ellas.

Siendo las reglas que comprenden los artículos precedentes, garantías que la ley establece para evitar falsedades y depurar la legitimidad é identidad de los testamentas ológrafos, desde luego se comprende la importancia que tiene su cumplimiento y la gravedad de su infracción, por lo que debe con especial cuidado procurarse su observancia.

Con arreglo á la ley del Timbre de 1.º de Enero de 1906, artículo 21, si el testamento ológrafo se extendió en papel común, debe reintegrarse á razón de una peseta por cada pliego.

El testamento ológrafo extendido en papel común el mismo día en que se publicó la ley que suprimió la necesidad de extenderlo en papel sellado, es válido, por tratarse de una ley permisiva, según declara la sentencia de 18 de Mayo de 1907.

Aplica el art. 693 la sentencia de 11 de Marzo de 1901.

Fundándose en el art. 691, se dictó la sentencia de 14 de Mayo de 1903, citada al final del comentario del art. 688.

Algunas de las prescripciones indicadas tienen su preceden-

te en la ley 15, tít. 6.°, libro 2.° del Fuero Juzgo, citada en el comentario del art. 688. El proyecto de Código de 1851, en sus artículos 592 y 593, y el de 1882 en los arts. 686 al 690, ambos inclusive, proponían preceptos análogos unos é iguales otros á los que hemos examinado; y, por último, concuerdan los artículos precedentes con el 107 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 933 del de Napoleón, el 1648 al 1650 del de la Luisiana, el 912 y 915 del de Italia, el 1920 del de Portugal, el 3691 y siguientes al 3695 inclusive de la República Argentina, y con algunos otros cuya exposición estimamos innecesaria.

SECCION QUINTA

DEL TESTAMENTO ABIERTO

Compréndense en esta sección las reglas ó formalidades que deben observarse en los testamentos abiertos, los cuales constituyen la norma más común y ordinariamente seguida en la ordenación de las últimas voluntades.

Esta clase de testamentos venía sucesivamente reconocida y sancionada en nuestro antiguo derecho por las leyes 11, tít. 5.°, libro 2.° del Fuero Juzgo; 1.ª, tit. 5.°, libro 3.° del Fuero Real; 10, tít. 1.° de la Partida 6.ª; 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que fué incluída la 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, y la Pragmática sanción de Felipe II de 1566.

En la reseña histórica hecha en la introducción con que encabezamos el estudio de este título, expusimos las distintas formas que dicha legislación admitía para el otorgamiento de los testamentos abiertos ó nuncupativos, según que interviniera ó no notario y según que concurriera ó no en los testigos la cualidad de vecinos. A lo dicho entonces (1) nos remitimos, y teniendo en cuenta esa diversidad de solemnidades que nuestro antiguo derecho establecía, fácilmente se comprende la importancia y transcendencia de la reforma introducida en este punto

(1) Páginas 213 y 214 de este tomo.

por el Código, el cual ha hecho desaparecer la confusión que esa pluralidad de formas producía, y con ella la multitud de cuestiones que en la práctica se suscitaban, estableciendo para en adelante una sola forma para todos los testamentos abiertos, excepto en aquellos casos especialísimos en que por las condiciones del testador se ha estimado necesaria la adopción de mayores precauciones, como en el testamento del sordo y del ciego (1), ó en que por la perentoriedad de las circunstancias ha habido que prescindir de determinados requisitos, como sucede en el otorgado en inminente peligro de muerte del testador ó en caso de epidemia (2).

Otra de las reformas introducidas por el Código, es la reducción á los dos solos casos citados, de la facultad de llevar á efecto el testamento de palabra y sin intervención de notario. En la legislación anterior al Código, reconocida estaba esa facultad sin limitación alguna, aunque hubiera notario en la localidad; pero en la actualidad sólo constituyen rarísimas excepciones; y aun en esos excepcionales casos, siempre que fuera posible extender el testamento por escrito, deberá cumplirse dicha formalidad, bajo pena de nulidad en otro caso, según tiene declarado la jurisprudencia.

La formalidad de la escritura, ha dicho el Tribunal Supremo, de la que no cabe prescindir sino en el caso de extrema imposibilidad, tiende á impedir que pueda falsearse la voluntad del testador, dando al acto del otorgamiento mayores garantías, y en tal concepto, la falta de ese importante requisito no puede menos de afectar á la validez del testamento, pues según el artículo 687, será nulo, como otorgado sin las formalidades respectivamente establecidas (3).

Por estas razones, y á virtud de la reforma introducida por el Código, á partir de su publicación, es de esencia en el testa-

---

(1) Arts. 697 y 698.

(2) Arts. 700 y 701.

(3) V. sentencia de 16 de Febrero de 1891.

mento abierto, la concurrencia de notario y la formalidad de la escritura, fuera de aquellos casos de inminente peligro ó de epidemia, en que absolutamente fuera imposible cumplir dicho requisito.

El carácter distintivo de estos testamentos es la publicidad de los mismos; tanto es así, que algunos Códigos llaman testamento público á esta forma de testar. La virtud y eficacia de los mismos depende de la abierta y paladina manifestación de la voluntad del testador. Así, y en estos mismos términos, lo ha declarado, aun antes de la publicación del Código, la jurisprudencia, la cual, para mayor expresión y para evitar todo género de dudas, tiene dicho también que es indispensable en estos testamentos, para su validez, que los testigos presentes se enteren de su contenido, sin que pueda serles reservada parte alguna (1). Con dicho objeto, el Código exige que el testador exprese su última voluntad, no sólo al notario, sino también á los testigos (2), y que éstos entiendan al otorgante (3) para que pueda enterarse bien de sus disposiciones, á cuyo efecto declara incapaces para ser testigos á los ciegos, á los totalmente sordos y á los que no entiendan el idioma del testador (4), pues en ese caso no podrían tomar el conocimiento necesario de lo que el otorgante hubiese dispuesto.

Según dijimos al exponer el juicio crítico que nos merecían las reformas introducidas por el Código en la materia relativa á la sucesión testada (5), y como ha de resultar comprobado por el estudio que hemos de hacer de cada uno de los doce artículos que comprende esta sección, se ha reducido á términos mucho más adecuados el acto del testamento abierto, garantizando con nuevos requisitos las disposiciones de última voluntad de las personas desconocidas, y de aquellas que por sus condiciones es-

---

(1) V. sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1864.
(2) V. art. 695.
(3) V. art. 694.
(4) V. art. 681 en su caso 5.º
(5) V. pág. 292 del presente tomo.

peciales requieren dicha precaución, como sucede respecto del sordo ó del ciego, y reduciendo los testamentos orales ó de palabra al menor número de casos posibles, se ha revestido de mayor solemnidad y eficacia por la intervención del notario y por su publicidad, fijándose á la vez los justos límites de la responsabilidad de los notarios autorizantes.

ARTÍCULO 694

El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Consigna este artículo los requisitos que son necesarios para el otorgamiento de los testamentos abiertos, en general, determinándose en los siguientes la forma en que éste debe llevarse á efecto, tanto en las condiciones ó circunstancias ordinarias y comunes de esta clase de disposiciones testamentarias, como en cada una de sus diversas modalidades, y las reglas que en algunos de dichos casos deben observarse para su validez y eficacia.

Los requisitos precisos en la forma del testamento abierto, que podemos llamar común y ordinario, son tres, según el precepto de este artículo, á saber: 1.°, la intervención en el testamento de notario hábil; 2.°, la intervención de tres testigos idóneos; y 3.°, que dichos testigos vean y entiendan al testador.

La importancia que en la validez y eficacia de estos testamentos tienen los requisitos indicados, exige que los examinemos por separado.

I

Intervención de notario.

El Fuero Juzgo no exigía la intervención de escribano: tampoco, al definir dicha clase de testamentos, la expresaba la

ley 1.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, pero la presuponía la 103, título 18 de la Partida 3.ª, y venía requerida por la 1.ª, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real, y aun en la 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, aunque no de un modo absoluto, puesto que, como hemos dicho en las indicaciones expuestas al principio de esta sección, admitía la posibilidad de dicho otorgamiento sin el concurso de notario.

El Código ha seguido el mismo criterio, si bien ha limitado dicha facultad á los dos únicos casos á que se refieren los artículos 700 y 701, es decir, cuando estuviere en peligro inminente de muerte el testador, ó en caso de epidemia, en los cuales, la premura de las circunstancias y la gravedad de las mismas, autorizan para prescindir de esa formalidad, por no ser posible esperar el concurso de dicho funcionario, sin riesgo de que el testador fallezca abintestato por no haber tiempo para otorgar la disposición de su voluntad. Por eso todas las legislaciones admiten en tan especialísimos casos esa excepción del principio general y de la regla de precaución, que constituye la intervención de notario en el otorgamiento.

Según los términos de este artículo, lo que antes era potestativo en todo caso, hoy queda reducido á una mera excepción, pues según se expresa en el párrafo 2.º del mismo, sólo se exceptúan de dicho requisito los casos expresamente determinados en esta sección, que son únicamente los dos antes citados. En cuanto á la razón legal de dicha intervención y á la necesidad de dicho requisito, véase lo expuesto al comentar el artículo 685.

Pero el Código no se limita á exigir como necesario el concurso ó la intervención del notario, sino que además previene que el que intervenga reuna la condición de ser hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.

Se encuentran en este caso cualquiera de los que tengan su residencia demarcada en el partido judicial donde se otorgue el testamento, y su sustituto, aunque pertenezca á otro partido. Para dicho efecto se consideran como un solo partido judicial

los términos municipales de las ciudades populosas en que hubiere más de un Juzgado.

Véase, en confirmación de lo expuesto, el art. 8.° de la ley Notarial de 28 de Mayo de 1862, que define el distrito notarial, y el 26 del reglamento de 9 de Noviembre de 1874, que priva de fe pública á los notarios fuera de su respectivo distrito. Sin embargo, el art. 27 del mencionado reglamento permite que el notario, previa y especialmente requerido, pueda pasar al lugar del domicilio de otro compañero para autorizar instrumentos públicos, en los casos de incompatibilidad del notario residente, y en los de enfermedad ó imposibilidad física de alguno de los otorgantes que le impida trasladarse á la residencia del requerido, lo cual se hará constar necesariamente en el instrumento; y esta facultad general para toda clase de documentos notariales, resulta mucho más justificada y conveniente en el caso del otorgamiento de una disposición testamentaria.

El art. 2.° de la ley citada impone al notario la obligación de prestar la intervención de su oficio, á no mediar justa causa que lo impida, en virtud de oportuno requerimiento, previniéndolo así también, aun para los casos de epidemia, la Real orden de 21 de Agosto de 1885.

En cuanto á las incompatibilidades y prohibiciones de los notarios, puede consultarse el tít. 5.° del mencionado reglamento.

Con arreglo al art. 685, el notario dará fe de conocer al testador, ó á los testigos de conocimiento en su caso, ó hará la expresión y reseña que ordena el art. 686, si no pudiera identificarse en dicha forma la personalidad del otorgante, y además procurará asegurarse de que éste, á su juicio, tiene la capacidad legal necesaria para testar.

Como resulta de las indicaciones precedentes, el Código parte del supuesto razonable de que el testamento abierto es un verdadero instrumento público: principio comúnmente aceptado por todas las legislaciones, las cuales imponen como norma esencial para dicha clase de testamentos la forma de escritura pública. Esta uniformidad en las legislaciones prueba que dicha afirma-

ción y dicho precepto arrancan de la misma realidad de las cosas, deduciéndose también de esta consideración el hecho constante en casi todos los pueblos, de que el testamento abierto se otorgue siempre ante un funcionario depositario de la fe pública.

Algunos Códigos, el de Italia (1), el de Francia (2) y el de Bélgica (3), establecen en algunos casos la duplicidad de notarios, disponiendo que, cuando no puedan encontrarse los cuatro testigos necesarios para el otorgamiento según dichas legislaciones, se otorgue ante dos notarios y dos testigos; pero en este caso uno de ellos interviene como testigo especial, con doble fuerza testifical, lo mismo que en nuestra legislación recopilada se había de suplir con dos testigos la falta de notario.

II

Intervención de testigos.

El artículo que comentamos exige para el otorgamiento del testamento abierto la concurrencia de tres testigos *idóneos*, y por lo tanto, la eficacia de su intervención depende de que tengan ó no dicha cualidad, pues de nada serviría su presencia si carecieran de la idoneidad necesaria, en cuyo caso sería nulo el acto ejecutado.

Las circunstancias que determinan la idoneidad de los testigos se deducen de las causas de incapacidad expresada en los artículos 681 y 682, y han de apreciarse de la manera que previene el art. 683, es decir, que para ser declarado inhábil ó no idóneo un testigo, es necesario que exista al tiempo de otorgarse el testamento la causa de su incapacidad ó falta de idoneidad.

En el estado de derecho anterior á la publicación del Código, la jurisprudencia tenía declarado que las leyes exigen como so-

(1) Art. 777.
(2) Art. 971.
(3) Art. 971.

lemnidad para la validez de los testamentos la intervención de los testigos en el número que las mismas prescriben, no pudiendo contarse para este efecto los que carecen de la aptitud legal necesaria, y que cuando en el documento autorizado por el escribano aparece no haber intervenido en un testamento el número de testigos hábiles necesarios para su validez, esta falta no puede suplirse con otras personas de que no se haga mención en él, por más que se hayan hallado presentes en aquel acto, pues aun cuando su testimonio pueda constituir un medio ordinario de prueba en otro caso, no es suficiente ni admisible para subsanar el defecto de solemnidad requerida en los testamentos (1).

Para el caso de que estuvieren en desacuerdo el notario y los testigos instrumentales, conviene tener en cuenta lo dispuesto en la ley 115, tít. 18 de la Partida 3.ª, y por la jurisprudencia congruente con ella, según la que, cuando el escribano otorgante es de buena fama y el testamento tiene todas las formalidades externas que la ley exige, no le invalida el que los testigos instrumentales digan que no lo fueron de aquel testamento, y por consiguiente, menos puede producirse ese efecto cuando aseguren haberlo sido, aunque difieran en algunos accidentes acerca del contenido del mismo, ó si estamparan en él su firma (2).

No es necesario hoy día la rogación de los testigos, no sólo porque el Código nada dice acerca de esta solemnidad, sino porque la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, tantas veces citada, guardaba el mismo silencio, interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de ser dicha ley derogatoria, en esa parte, de la 1.ª, título 1.º de la Partida 6.ª (3), no

(1) La misma doctrina se halla sancionada por el Código, pues con arreglo al art. 687, sería nulo el testamento en dicho caso, por no estar otorgado con sujeción á las formalidades establecidas en el presente artículo.—V. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1862.

(2) V. sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1869.

(3) V. sentencia de 25 de Febrero de 1881.

estimándose ya como causa de nulidad de un testamento nuncupativo la falta de dicho requisito.

No basta que los testigos sean idóneos por no adolecer de ninguna de las causas de incapacidad que les inhabilitan para serlo en testamento, sino que además, para ser válido y eficaz el testamento otorgado, se requiere que de dichos testigos, uno, cuando menos, sepa y pueda firmar. Si no se cumpliera este requisito, que, como desde luego se comprende, se halla establecido para evitar fraudes y simulaciones, el acto sería nulo con arreglo al art. 687.

III

Misión que deben desempeñar los testigos.

Las leyes recopiladas disponían que los testigos del testamento debían estar presentes *á lo ver otorgar,* y el Código en este artículo exige que, á más de ver al testador, le entiendan, como garantía conveniente de que lo consignado en el testamento es lo mismo que expusiera el otorgante.

En las indicaciones que encabezan el estudio de la presente sección hemos dicho ya, que en esta clase de testamentos es tan esencial la publicidad y el conocimento de sus disposiciones por el testigo, que no puede reservarse á los mismos parte alguna de ellas, conforme tenía declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de Mayo de 1864.

Al establecer el Código en el artículo que examinamos el número de testigos necesario para el otorgamiento, y el objeto de su intervención, se refiere á los testigos llamados instrumentales, ó sean aquellos que están llamados á dar autenticidad con su concurso al acto testamentario, haciendo constar la exactitud entre el contenido del instrumento y las disposiciones emanadas de la voluntad del testador.

Como hemos dicho en otra ocasión, el Código parte del supuesto de que el testamento abierto es un verdadero instrumento público, y por lo tanto, los testigos instrumentales vienen á

desempeñar la misma misión que todos los que intervienen en esta clase de documentos.

Mucho se ha discutido acerca de la misión de los testigos en el acto testamentario y del carácter de su intervención. Unos les consideran como testigos de *prueba*, otros como testigos de *solemnidad*. Los primeros, aprecian como depresiva para el notario, ó incompatible con la indivisibilidad de la fe pública, la intervención de los testigos instrumentales, estimándola innecesaria, como sucede en la fe judicial, á no ser que el notario se convierta en un mero archivero ó guardador de los testamentos públicos.

Casi de esta opinión fueron los jurisconsultos alemanes del Congreso de Stuttgard de 1871, en que fueron calificados dichos testigos de *agentes inconscientes*, de *instrumentos pasivos*, y aun de *criados del notario*, según una frase popular en Berlín, cuya intervención sólo sirve para dar un vano aparato al acto á que concurren. Sin embargo, dicho Congreso trató de conservar los testigos en los testamentos, si bien reemplazándolos por secretarios que habrían de darse á los notarios, ó por funcionarios especiales del Estado ó del Municipio.

Otros entienden, que los testigos instrumentales no son testigos de *prueba*, sino de *solemnidad*, y en tal concepto estiman necesaria su intervención para dar al acto el sello de la publicidad, y para acreditar que no se ha hecho clandestinamente y en secreto, sino en público; no siendo, por lo tanto, depresivo su concurso para la dignidad y fidelidad del notario, pues concurriendo como solemnidad y publicación, y representando dichos testigos al público, no existe la división que se supone de la fe judicial, ni la fe testifical frente á la notarial, como dicen los mantenedores de la primera opinión, ni desconfianza alguna respecto del notario.

No corresponde á la índole de estos comentarios más detenido examen de esta cuestión. A nuestro objeto basta consignar que la legislación del Notariado exige dicha intervención en los actos *inter vivos*, y que el Código la impone como precisa en to-

das las disposiciones *mortis causa*, en lo cual está de acuerdo con todo nuestro antiguo derecho, que reprodujo del romano la concurrencia de cierto número de testigos para el válido otorgamiento de esta clase de actos. Y si en todos los instrumentos públicos es necesaria la presencia de ellos, mucho más precisa nos parece en los actos de última voluntad, en que la muerte del otorgante impide su concurso para resolver las cuestiones que sobre dicho otorgamiento se suscitaren.

Por la circunstancia de haber ordenado la ley el número y la calidad de los testigos que deben concurrir al otorgamiento de las últimas voluntades para que sean válidas, ha sido doctrina constante entre nosotros que el número y la capacidad de los testigos pertenece á la *solemnidad* del testamento, tanto, que éste será ineficaz, y en su caso no podrá elevarse á escritura pública, si no hubieren concurrido al otorgamiento testigos idóneos en el número que exige la ley para cada caso, sin que pueda suplirse la falta con otros testigos que hubieren presenciado el acto, ni apreciarse la prueba conforme á las reglas de la sana crítica, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de Septiembre de 1862, 22 de Octubre de 1864, y otras. Por esto se declaró también en el art. 29 de la ley del Notariado que lo dispuesto en ella, relativamente á la forma de los instrumentos y al número y calidad de los testigos no era aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la ley ó leyes especiales del caso.

Como veremos en el artículo siguiente, si el testador manifiesta su voluntad oralmente, debe hacerlo, no sólo al notario, sino también á los testigos, y éstos habrán de estar presentes á la lectura del testamento, una vez redactado por quél, tanto en este caso como en el de haberse expresado por escrito la voluntad del otorgante, y en ambos habrán de firmarle los que puedan, haciéndolo uno de ellos por el testador, si éste no supiere ó no pudiere, ó por los testigos que se hallasen en dichas circunstancias.

Es *requisito* esencial que los testigos *vean* y *entiendan* al tes-

tador. Han de verle, porque el que no le ve en el acto del otorgamiento, no puede atestiguar acerca de la persona del otorgante, ni si ha habido ó no una suposición ó simulación, encontrándose en igual caso que el ciego, el cual por esta misma razón le declara la ley inhábil ó incapaz para ser testigo. Y han de entender al testador, porque de lo contrario no podrían cumplir su misión, que según se deduce de las indicaciones hechas, es hacer constar la conformidad del testador con el contenido del testamento y se hallaría el testigo por dicho motivo en el caso de incapacidad señalada en el núm. 5.° del art. 681, faltando la garantía que la ley ha querido establecer para asegurar la fiel expresión de la voluntad testamentaria; cuya garantía debe procurar siempre el legislador por todos los medios posibles, y con tal objeto exige los requisitos citados de ver y entender al testador los testigos, para que queden suficientemente enterados del acto, como dice el art. 679 al definir esta clase de testamentos.

El artículo que examinamos tiene sus precedentes en las leyes 11, tít. 5.° del libro 2.° del Fuero Juzgo; 1.ª, tít. 1.° de la Partida 6.ª; 3.ª de Toro, y 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, recopiladas estas dos últimas en las 1.ª y 2,ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima.

El proyecto de Código de 1851, en sus arts. 565 y 568, y el de 1882 en el 691, establecieron preceptos análogos, concuerda además con el art. 777 del Código de Italia, el 971 de los de Francia y Bélgica, el 1912 del de Portugal, el 985 del de Holanda, el 1014 del de Chile, el 555 del de Uruguay, el 1571 del de la Luisiana, el 772 del de Guatemala, el 3654 del de la República Argentina, el 3776 del de Méjico, el 3493 del de la Baja California y el 882 del de Veracruz, si bien en algunos de ellos se observan ciertas diferencias en cuanto al número de testigos y de notarios que deben concurrir al acto, así como sobre otros particulares que en nada afectan á la esencia del testamento abierto.

ARTICULO 695

El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos. Redactado el testamento con arreglo á ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo.

Si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él, y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

El Notario hará siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

ARTICULO 696

Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

En estos dos artículos se establece la forma en que común y ordinariamente han de otorgarse los testamentos abiertos y las reglas que comprenden no pueden ser más sencillas, precisas y adecuadas para asegurar la verdad de la última voluntad del testador, que es el fin perseguido por el Código al ordenar dichos preceptos.

Según ellos, el otorgante puede manifestar su voluntad, bien oralmente, bien por escrito, pues separándose en este punto los autores de dicho cuerpo legal del criterio mantenido por algunos tratadistas, que, como Rogron, sólo admiten la forma oral como

única expresión auténtica de la disposición testamentaria, ha procedido con acierto permitiendo al testador presentar por escrito dicha disposición para que, con arreglo á ella, el notario redacte el testamento.

Conforme con la doctrina citada, la jurisprudencia francesa llegó al extremo de declarar nulo un testamento copiado de notas remitidas por el otorgante al notario; pero desde luego se comprende que no afecta ni puede afectar á la sustancia y esencia del testamento abierto, el que el testador dicte su voluntad al escribano ó la manifieste á éste por medio de minuta ó escrito.

Lo esencial en esta forma de testar, como ha dicho el Tribunal Supremo (1), es que los testigos se enteren del contenido de la disposición ordenada por el testador, y esto lo mismo puede obtenerse en uno y otro caso. Cierto es que el testamento por minuta ó por instrucciones dadas al notario, puede tener el inconveniente de que éste no acierte á expresar con fidelidad el pensamiento del testador, pero ese peligro subsiste los mismo en el otorgamiento de todos los instrumentos públicos cuya redacción haya sido sometida á dicho funcionario, y no por eso se ha ocurrido á nadie pretender que en tales actos el otorgante ó los otorgantes hayan de redactar oralmente dichos instrumentos.

Esta pretensión estaría además en pugna con la realidad de las cosas y con lo que la práctica aconseja, pues con frecuencia los testadores suelen plantear en las ordenaciones de su última voluntad cuestiones de derecho de solución tan difícil, que requieren larga meditación y detenido estudio para dar forma á las mismas, lo cual sería por completo imposible á un otorgante lego, si no viniera en su ayuda el notario á obviar dicha dificultad acomodando á las exigencias del derecho las disposiciones del testador. Aparte de esto, el inconveniente observado por los que dicha razón alegan, puede fácilmente salvarse siguiendo el consejo dado por Laurent y por algunos otros autores, de que

(1) V. sentencia de 14 de Mayo de 1864.

en casos tales, para evitar omisiones, errores ó inexactitudes, conviene formar una minuta, que, consultada con el otorgante y hecha en ella las correcciones ó modificaciones que á éste se ofrecieran, sería puesta después en limpio para ser convertida oportunamente en instrumento testamentario.

No existe, pues, razón alguna para prohibir al testador manifestar su voluntad por escrito, y son muchos los Códigos que admiten, como el nuestro, las dos formas citadas, pudiendo nacer el testamento abierto de una manifestación verbal del testador, ó deber su origen á la expresión de su voluntad hecha por escrito, para que sirva de base á la extensión y otorgamiento del mismo. Pero en uno y otro caso habrá de ser redactado el testamento por el notario con arreglo á dicha voluntad, pues según hemos dicho al comentar el artículo anterior, esa intervención es esencial y precisa hoy, excepto en aquellos testamentos en que, por razón de las especiales circunstancias de los mismos, ha tenido que prescindir de dicho requisito el legislador.

Esa expresión de su voluntad debe hacerla el testador, no sólo al notario, sino también á los testigos instrumentales, según previene el primero de los dos artículos que examinamos, y fácilmente se aprecia la razón de su precepto en este extremo, toda vez que la intervención de dichos testigos tiene precisamente por objeto atestiguar la conformidad del testamento con las disposiciones emanadas de la voluntad de aquél, por cuyo motivo no puede reservarse á éstos parte alguna de dichas disposiciones, como dijimos en el comentario del art. 694.

La primitiva redacción del 695 parecía exigir la concurrencia de los testigos en el acto en que el testador diera sus instrucciones al notario respecto á la ordenación de su disposición testamentaria, puesto que literalmente decía: «El notario expresará su última voluntad *en presencia* de los testigos y del notario», y sin tener en cuenta que esa expresión á que la ley se refiere, es la manifestación solemne que debe hacer en el acto del otorgamiento, prestando su conformidad á lo redactado por el notario; entendían algunos que era precisa la presencia de los testi-

gos desde que empezaba á prepararse el testamento, manifestando el testador al notario sus propósitos y los deseos de su voluntad, hasta la terminación del acto, lo cual, á más de las molestias grandísimas que proporcionaría á los testigos, podría dar lugar á cuestiones frecuentes relacionadas con la unidad de acto, y que realmente se suscitaron en la práctica, como veremos al examinar el art. 699.

Para evitar esos inconvenientes, al llevarse á efecto la revisión decretada por la ley de 26 de Mayo de 1889, se modificó el texto de este artículo sustituyendo, entre otras cosas, la locución citada en los términos con que ahora empieza, según los cuales, «el testador expresará su última voluntad al notario y á los testigos», desapareciendo el concepto de presencia que á aquellas dudas podía dar lugar. Por lo tanto, el art. 695 que examinamos no prohibe que sean dadas al notario previamente las instrucciones oportunas para la redacción del instrumento con la detención y estudio necesarios que garanticen su exactitud y claridad, y que luego se reuna con los testigos para el otorgamiento, sin que por ello se rompa la unidad de acto exigida por el art. 699. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 5 de Junio de 1894 y 18 de Junio de 1896, de las cuales hemos de ocuparnos más adelante.

Expuesta por el testador su voluntad, ya oralmente, según el art. 685, ya por escrito, conforme al 696, el notario procederá á redactar con arreglo á ella el documento que, mediante la conformidad del otorgante y la autorización de los concurrentes, ha de constituir el instrumento público en que según los preceptos del Código ha de consignarse esta clase de testamentos, excepto en los casos de excepción expuestos en los artículos 700 y 701.

Este acto de los que contribuyen á la formación del testa. mento es el más delicado y expuesto á error, y exige un gran cuidado por parte del notario, pues de su acierto en la redacción puede depender la validez y eficacia del mismo.

Si el testador manifestó su voluntad de palabra, el notario

deberá dar á esa expresión la forma jurídica adecuada, y ajustándola á los preceptos del derecho, formulará las cláusulas convenientes con la mayor claridad y precisión, para evitar equivocadas interpretaciones ó erróneas inteligencias de las mismas, que infrinjan ó vulneren las disposiciones del testador.

Otro tanto debe hacer en el caso de que la voluntad haya sido expuesta por escrito. El art. 696, en su primitiva redacción, preceptivamente establecía que cuando el testador presentase ya redactada su disposición testamentaria, el notario *la copiaría;* pero al emplear el Código este concepto, más ó menos afortunado y exacto, no quiso despojar al notario de las facultades que al mismo correspondían, con arreglo á la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, convirtiéndole en un mero copista de las ordenaciones hechas por el otorgante, como algunos han creído. Por el contrario, á salvo quedaban todas sus atribuciones; pues siendo el testamento un instrumento público, en todo lo no expresado en el Código debía ajustarse á lo dispuesto por la legislación notarial para los demás instrumentos de dicha clase, y, por lo tanto, conforme á los arts. 1.° y 3.° de la Instrucción citada, el notario que recibiera la minuta ó el proyecto escrito del testamento, facultado se hallaba para examinar sus cláusulas, y en el caso de que alguna de ellas no ofreciera una inteligencia clara ó fuera defectuosa por falta de la necesaria expresión, podía advertirlo al interesado, proponiéndole la redacción conveniente para subsanar tales defectos, pudiendo hasta salvar su responsabilidad en el caso de que el otorgante no quisiera hacer las rectificaciones y declaraciones necesarias, y aun podía negarse á otorgar y autorizar el instrumento si adolecía de algún vicio que afectase á su validez, ó fuera contraria á derecho la disposición consignada en dicho escrito ó minuta.

La interpretación dada á ese precepto por los que entienden que según él estaba obligado el notario á transcribir en el testamento sin alteración alguna la disposición redactada por el testador, es contraria al carácter y á la misión que el notario tiene en el otorgamiento del acto testamentario, que no es simple-

mente la de reproducir las palabras ó el escrito del testador, sino la de ordenar y regular las disposiciones del otorgante, dando forma á las mismas con arreglo á derecho, respetando el fondo y la sustancia de ellas en cuanto no fueron opuestos á la moral y á las leyes. Lo contrario llevaría al absurdo de obligar al notario á tener por válida la disposición contenida en dicho escrito aunque adoleciera de algún vicio de nulidad, y en pugna estaría con las responsabilidades impuestas á los notarios por la infracción de las disposiciones legales en los actos en que intervienen.

Las indicaciones precedentes demuestran que, aun en los primitivos términos del art. 696, el notario podía examinar el escrito ó minuta presentado y proveer á su rectificación en caso necesario, y por lo tanto, al decir que el notario *copiaría* dicho escrito, referíase con dicha expresión al caso en que pudiera ser transcrito, ya por no adolecer de defecto, ya por haber sido rectificados los que tuviera y habérsele dado la forma jurídica correspondiente á las disposiciones del testador. Esto no obstante, para evitar nuevas dudas y reclamaciones, fué modificado el texto de dicho artículo, sustituyéndose la palabra *copiar* por la de *redactar*, que expresa con más propiedad la misión que el notario desempeña en estos actos. Con la modificación hecha, el texto resultará más técnico y apropiado, pero el sentido del precepto es el mismo, según tenemos indicado.

En otro error se incurriría con motivo de la interpretación dada al citado art. 696, según su primera redacción; pues en vista de la locución «el notario la copiará», usada en dicho texto, entendían que precisamente el notario, y no ninguna otra persona, era la que podía copiar en el testamento el escrito presentado; pero esta inteligencia se hallaba en contradicción con las disposiciones de la legislación notarial, que autorizan al notario para valerse de amanuense en el otorgamiento de los instrumentos públicos.

Se ha discutido también si la redacción del testamento debe hacerla el notario á presencia de los testigos para que no se

interrumpa la unidad de acto, ó si, por el contrario, podría tener lugar con independencia del otorgamiento. La primitiva redacción del art. 695 parecía inclinarse á la primera de las opiniones citadas; pero ni del actual texto de este artículo, ni del 696, se desprende la necesidad de que el testamento se redacte y escriba á presencia de los testigos; toda vez que tales actos no constituyen *verdaderas formalidades* del testamento. Además, resueltas han sido ya esas dudas por la jurisprudencia, como veremos al examinar el art. 669, á cuyo comentario nos remitimos.

En el deseo de rodear al testamento abierto del mayor número de precauciones posibles, el legislador, terminantemente previene que en el testamento se exprese el lugar, el año, el mes, el día y la hora del otorgamiento, como otros tantos datos que pueden contribuir á depurar la eficacia y autenticidad del mismo.

Exígese la expresión del lugar para poder apreciar la legislación civil aplicable, pues según se otorgue en las provincias de derecho común ó foral, así será una ú otra la legislación por la que haya de regirse, tanto en su forma, como en las disposiciones que constituyen el fondo ó la parte sustancial del mismo. Además es necesaria la expresión de dicha circunstancia para poder comprobar si es notario hábil el que hubiere intervenido en el testamento y si los testigos reunen la cualidad de vecinos ó domiciliados.

Declara la sentencia de 30 de Septiembre de 1901 que, por regla general, en derecho, para todos los efectos legales, son sinónimos los conceptos *población* y *lugar*, y que lo que el art. 695 exige es la expresión de la población en que se otorga el testamento, sin que sea necesario consignar el sitio ó paraje de la misma en que el acto se verifica.

Exige también el artículo la expresión de la fecha con el detalle indicado para poder determinar si el testador tenía ó no en el acto del otorgamiento la capacidad legal necesaria para ello, y además para poder apreciar, en el caso de existir, varios

testamentos de una misma fecha otorgados por el testador, cuál de ellos es anterior ó posterior para los efectos de su derogación ó subsistencia.

Redactado ya el testamento con la expresión indicada y con arreglo á la voluntad del testador, expuesta oralmente ó por escrito, se procederá á la lectura del mismo en alta voz, para que puedan enterarse de su contenido el otorgante y los testigos.

Este requisito de la lectura es de los más esenciales y precisos, y no puede omitirse en ella extremo alguno á fin de depurar si al redactar las cláusulas de que consta fueron ó no interpretadas fielmente las manifestaciones hechas por el testador, ó los términos en que se hallaba concebida la minuta ó el proyecto de testamento, en el caso de haberse expresado la voluntad por escrito, conforme al art. 696.

La importancia, que según hemos dicho, tiene la lectura del instrumento público una vez redactado, demuestra por sí sola que la omisión de dicho requisito tiene necesariamente que constituir una causa de nulidad de testamento, no ya por el precepto del art. 687, de perfecta aplicación en este caso, sino también y muy principalmente por el fin á que obedece y el objeto que se propone la exigencia de esta formalidad. Sin embargo, algunos tratadistas, y entre ellos Laurent, opinan que no debe ser nulo en dicho caso el testamento si la omisión de la lectura se refiere tan sólo á extremos que no afecten á su contexto ni á la voluntad del testador.

El art. 695 no dice quién ha de leer el testamento, como se expresaba en el primitivo texto del mismo y como se expresa en el 696 al tratar del testamento en que hubiere sido manifestada la voluntad por escrito; pero encontrándose en igualdad de circunstancias uno y otro caso desde el momento en que el testamento hubiere sido redactado, el precepto de este último artículo debe ser extensivo á ambos, y, por lo tanto, la lectura del testamento corresponderá en los dos al notario autorizante. Esto es también lo que preceptúa la legislación notarial, que, como hemos manifestado antes, queda subsistente en todo aquello en

que no hubiere disposición expresa ó en contrario en el Código. Sin embargo, tanto los tratadistas como la jurisprudencia (1) tienen admitido que puede leer el testamento cualquiera de los concurrentes.

Lo mismo debemos decir de otra cuestión análoga, que suscitan también algunos comentadores de este cuerpo legal. En la primera redacción del art. 695 se decía que la lectura se haría *estando presentes los testigos*; pero á consecuencia de la revisión tantas veces citada se suprimieron dichos términos, y ante esta diferencia se ha querido encontrar un motivo de censura, suponiendo que podría entenderse no ser necesaria dicha presencia. Semejante interpretación, en el caso de ser posible, estaría en pugna con el fin de dicho acto, el cual tiene por objeto que los testigos se enteren de su contenido (2) por la lectura y oigan al testador la manifestación de estar dicho contenido conforme con su voluntad; y se opondría además al precepto del art. 696, cuya disposición es aplicable por la razón antes indicada, lo mismo al testamento en que el testador haya manifestado oralmente su voluntad, que al en que hubiera sido expuesta por escrito. El Código, en el art. 695, ha establecido el principio de la necesidad de la lectura, y en el 696 le ha desarrollado manifestando que ésta tendrá lugar en presencia de los testigos.

Leído el testamento, el testador deberá manifestar si está ó no conforme con su voluntad; es decir, si el contenido es la expresión exacta de su disposición testamentaria. Este acto es el que confiere eficacia al testamento, pues si el testador manifestase en vista de su lectura que el instrumento redactado no estaba conforme con su voluntad, éste quedaría ineficaz de derecho desde el momento de dicha manifestación. Aunque el art. 695 no lo dice, desde luego se comprende que esa manifestación deberá ser hecha ante el notario y los testigos, puesto que la misión que unos y otros vienen á desempeñar es la de hacer cons-

---

(1) V. sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Febrero de 1879.
(2) V. sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1864.

tar haber oído á dicho testador la expresión referida, dando autenticidad á tal extremo. Además, debiendo ser firmado en el acto el testamento, después de dicha conformidad, por el testador y los testigos, necesario es que éstos estén presentes á dicha manifestación, siendo dicha presencia una de las circunstancias esenciales del otorgamiento.

Si el testamento sólo contiene una indicación insignificante é insuficiente de haber sido leído, y no expresa que la testadora se enterase de su contenido ni le prestara su conformidad, apreciándolo así la Sala sentenciadora sin error de hecho ni de derecho, ese testamento es nulo con arreglo á los arts. 687 y 696. (Sentencia de 14 de Julio de 1899.)

Con motivo de este requisito los comentaristas del Código se ocupan en una cuestión ya antigua en nuestro derecho y de que nos ofrece también ejemplo la jurisprudencia francesa. ¿Bastará, dicen, para considerar otorgada la conformidad, que el testador conteste con un gesto afirmativo ó con un simple *sí* á la pregunta que por otro le fuere hecha sobre ello? Gómez sostiene, comentando la ley 3.ª de Toro, que es válida la institución de heredero hecha en la segunda de las formas indicadas; es decir, por medio de un simple *sí*, contestando á preguntas de un tercero, pero rechaza la hecha por un gesto afirmativo.

García Goyena, en su comentario al art. 565 del proyecto de 1851, entiende que los términos de dicho artículo cortan toda cuestión sobre este punto; y así es en efecto, pues al exigir dicho artículo, como el 694 del vigente Código, que los testigos vean y *entiendan* al testador, indica claramente que este ha de manifestar verbalmente su conformidad, y en términos tales, que dichos testigos la entiendan y se enteren de ella.

Si el testador estuviere conforme con la redacción del testamento, le firmará en el acto, y lo mismo harán los testigos que puedan. Dicho requisito es necesario para que conste de una manera indudable que ha sido prestada la conformidad al contenido del testamento, y tan esencial resulta, que la omisión de la firma del testador, ó la de cualquier testigo que sepa y pueda

firmar le privaría de eficacia por la presunción de que la falta de firma implicara á su vez la falta de conformidad con el testamento, y constituiría además una causa de nulidad, con arreglo al art. 687.

El precepto del art. 695, en cuanto á este requisito, es común al caso en que se hubiere manifestado la voluntad oralmente y al en que se exprese por escrito, pues una vez redactado el testamento y leído por el notario, se encuentran ambos en igualdad de circunstancias, y por eso el art. 696, que se refiere al segundo de dichos casos, termina su precepto con el requisito de la lectura, que es donde concluye la especialidad del mismo.

No dice el Código si el notario ha de firmarlo también y poner su signo acostumbrado; pero esta es una obligación impuesta por la legislación notarial para todos los instrumentos en que intervenga; y por lo tanto, hay que considerarlo y se considera como un requisito necesario para la validez del acto.

Dice el art. 695, que será firmado el testamento por el testador y los testigos que *puedan* hacerlo, añadiendo que si el testador declara que no sabe ó que no puede firmar, lo hará por él y á su ruego uno de los testigos instrumentales ú otra persona, de lo que dará fe el notario, haciéndose lo mismo cuando alguno de los testigos *no pueda firmar*.

Rige en Cataluña la misma doctrina con arreglo al reglamento de 29 de Noviembre de 1736, mandado observar por la Real Ordenanza de 1755, que es por la que se rigen los testamento nuncupativos en dicha región, y al derecho romano que es el supletorio, y así lo reconoce la resolución de la Dirección general de los Registros de 29 de Noviembre de 1899.

La diferencia que se oberva entre los términos de este artículo y los del 694, respecto á la firma de los testigos, ha suscitado algunas dudas á los comentaristas acerca de la validez del testamento cuando sólo uno de los testigos concurrentes sepa firmar.

Según el art. 694, basta que uno de ellos sepa y pueda escri-

bir, y por lo tanto, es válido el testamento en dicho caso; pero entienden que esta inteligencia está en contradicción con el precepto del art. 695, el cual establece lo que se hará cuando algún testigo *no pueda* firmar, mas no lo que deba observase cuando no *sepa* hacerlo; separándose en este caso de la locución hasta entonces usada, en que conjuntamente se habla de no saber y de no poder firmar, ó sea de la ignorancia é imposibilidad para ello. Y entendiendo que esta alteración no puede ser involuntaria, sino intencionada, deducen que el pensamiento y la intención del legislador ha sido exigir que todos los testigos concurrentes al testamento abierto han de saber firmar, aunque no puedan hacerlo, y que, por lo tanto, será nulo aquél en que sólo sepa firmar uno de dichos testigos.

En apoyo de esta opinión citan también dichos comentaristas el hecho de que el mismo art. 695, en su párrafo 2.º, después de decir lo que debe hacerse cuando el testador no *sabe* ó no *puede* firmar, al hablar de los testigos, sólo se refiere al caso de que no *puedan* hacerlo y prescinde de la hipótesis de que no *sepan;* y estimando que esa omisión no puede obedecer á un olvido, cuando se trata de ella respecto del testador, opinan que la ley no la admite para el testigo y por eso no la regula.

Pero esta interpretación del art. 695 es contraria al precepto del 694, en el que expresa y terminantemente se dice que *uno de los tres testigos, á lo menos, sepa y pueda escribir;* y como este artículo es el consagrado á fijar los requisitos esenciales del testamento abierto, en contra de él no puede prevalecer, caso de haber antinomia, que no la hay, lo establecido en el 695, el cual se refiere tan sólo á la forma, y no á la esencia, de esta clase de testamentos. Además, de prosperar la inteligencia atribuída á dicho artículo por los comentaristas citados, la circunstancia de no saber firmar se convertiría en una causa de incapacidad, puesto que, según ellos, todos los testigos tienen que saber hacerlo, y si así lo hubiera querido el Código, hubiese comprendido dicha causa de incapacidad entre las consignadas en el artículo 681. Y, sobre todo, en el sentido recto y literal de las pa-

labras *no puede firmar*, lo mismo el que no sabe que, el que sabiendo, no puede hacerlo por cualquier impedimento físico, y no hay motivo para suponer dificultades ni para dar interpretaciones contrarias á la letra y espíritu de la ley.

Otra consideración puede alegarse en contra de la opinión citada, y es que el mismo Código civil, en la regla 5.ª del artículo 707, relativo á las solemnidades del testamento cerrado, admite la posibilidad de que en dichas disposiciones testamentarias intervengan como testigos personas que no sepan firmar, toda vez que dice que firmarán los que *sepan*, lo cual presupone la existencia de otros que no sepan. Y como no existe razón alguna de diferencia entre el testamento abierto y el cerrado, en cuanto á la misión que en uno y otro desempeñan los testigos, no hay motivo ni fundamento legal alguno para exigir en el primero que todos los testigos sepan firmar, y admitir en el segundo á los que no reunan dicha cualidad.

Entendemos, pues, en contra de lo que dichos autores sostienen, que será válido el testamento abierto en el caso de que sólo sepa y pueda escribir uno de los testigos, aunque el testador tampoco supiere firmar, siempre que se llenen todas las formalidades prevenidas en los arts. 694 y 695, que están en perfecto acuerdo. Si el testador ó alguno de los tres testigos no puede firmar, por no saber ó por impedimento físico, firmará á ruego del que no sepa uno de los testigos instrumentales, ú otra persona, dando fe de ello el notario, como lo ordena la ley.

Previene, además, el art. 695 que el notario haga siempre constar que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Este deber que al notario se impone es consecuencia del precepto establecido en el artículo 685, y, como éste, fué objeto de reforma en la revisión del Código llevada á cabo por virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889.

En la primitiva redacción de éste se decía: «El notario dará siempre fe de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento»; pero desde luego se hizo no-

tar el inconveniente que dicha redacción ofrecía, obligando á dar fe de una apreciación meramente subjetiva, siendo así que el notario sólo debe hacer esto respecto de lo que ve y oye, y por eso se modificaron los términos indicados en el sentido de hacer constar que, *á su juicio*, tiene dicha capacidad.

Sin embargo, el notario no está obligado á emplear la mismas palabras que expresa el Código en su art. 695, pudiendo usar otras distintas que indiquen la misma idea, pues lo esencial no son las palabras empleadas, sino que el notario considera el testador con suficiente capacidad para testar. Sentencias de 6 de Abril y 24 de Diciembre de 1896.

Es siempre indispensable que conste el propósito ó la voluntad previa del testador de hacer testamento. La expresión previa de esa voluntad, declara el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Noviembre de 1902, no puede presumirse y deducirse tegalmente del asentimiento del testador al contenido del testamento después de escrito, por tener tal expresión previa una virtualidad propia y el alcance de exteriorizar la resolución de testar.

El proyecto de Código de 1851, en sus arts. 565, 567 y 568, y el de 1882 en el 692, establecieron preceptos análogos á los contenidos en el art. 695, ó sea el primero de los que hemos examinado. El 696 no tiene más precedente que el proyecto de Código de 1882, en cuyo art. 693 se establecían también preceptos análogos al mismo.

Finalmente, el art. 695 concuerda con los siguientes: 772 del Código de Guatemala, 972 á 974 de los de Francia y Bélgica, 778 á 781 del de Italia, 1912, 1914 á 1916 del de Portugal, 1015 y 1016 del de Chile, 3768 á 3771 del de Méjico, 3657, 3658, 3661 y 3662 del de la República Argentina, 1571 del de la Luisiana, 985 del de Holanda, 756 al 758 del de Uruguay, 3499 al 3502 del de la Baja California, y 882 del de Veracruz. Y el 696 concuerda también con el 972 de los Códigos de Francia y Bélgica, 1017 del de Chile, 3656 del de la Baja California, y con la mayor parte de los Códigos extranjeros, los cua-

les, sin dedicar preceptos exclusivos al efecto, abundan en el sostenimiento de los mismos principios mantenidos por dicho artículo.

ARTÍCULO 697

El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

El antiguo derecho romano privaba de la testamentifacción activa á los sordos, hasta los tiempos de Justiniano, cuyo emperador les permitió testar á condición de que pudiesen expresar su voluntad de una manera cierta, verbalmente ó por escrito, y previa autorización del príncipe (1). A dichos precedentes sigue la ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª, la cual establece que *el que es mudo et sordo desde nascencia, non puede facer testamento; empero el que lo fuesse por alguna version, así como por enfermedat ó de otra manera, este atal si sopiese escrebir puede facer testamento escrebiéndolo por su mano mesma.*

El Código, sin embargo, en cuanto al testamento abierto, sólo prevé el caso de que el testador sea sordo, y nada dice del que fuere mudo ó no pueda hablar; pero aun contrayéndose al sordo en el artículo que examinamos, su precepto no se refiere á todo el que adolezca de dicha falta, sino única y exclusivamente al que fuere sordo por completo, pues si oyera algo, habría de quedar sujeto á las prescripciones ó reglas generales establecidas en los dos artículos anteriores.

La misma doctrina había sentado la juprisprudencia, aunque con respecto á la capacidad para ser testigo, declarando que «no se entiende por sordo, en el sentido de la ley, el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto de lo ordinario,

---

(1) Ley 10, tít. 22, libro 6.º del Código; ley 7.ª, tít. 1.º, libro 28 del Digesto; párrafo 2.º, tít. 11, y párrafo 3.º, tít. 12, ambos del libro 2.º de la Instituta.

sino el que carece de la facultad de oir»; doctrina que es de perfecta aplicación también al testador, por concurrir en él la misma razón de derecho tenida en cuenta respecto del testigo testamentario, y por eso el Código, ateniéndose á ella, parte de la sordera absoluta al admitir esta modalidad del testamento abierto, limitando la disposición del artículo á los que fueren *enteramente* sordos.

Confirma esta doctrina la sentencia de 18 de Junio de 1896.

Para evitar abusos en este caso, y toda vez que por su sordera el testador no puede apreciar, en la lectura que del testamento haga el notario, si su contenido está ó no conforme con la voluntad expuesta por el mismo, el Código ordena que, en vez de oir dicha lectura, lea por sí mismo el documento, á fin de que no tenga que prestar su conformidad sin la suficiente conciencia del acto testamentario, pues de este modo podrá cerciorarse de que el testamento redactado por el notario es la verdadera y fiel expresión de su voluntad. Y como pudiera suceder que el testador no sepa leer, resultando por lo tanto inútil dicha prevención, exige la ley para este caso, como una nueva garantía de verdad, que el mismo testador designe dos personas que lo lean en su nombre. Estas personas podrán ser de los mismos testigos del testamento, ú otras, á elección de aquél, como para caso análogo se previene en el artículo siguiente. De esta manera se facilita la testamentifacción activa, puesto que, mediante esas medidas de precaución adoptadas por el artículo que examinamos, se extiende la potestad de otorgar testamento á personas que antes se hallaban privadas de ella, según hemos indicado al principio.

Casi todos los Códigos han adoptado el mismo criterio: algunos se han separado sólo en cuestión de detalles, como el de Italia, que exige se consigne en el acta del testamento que el testador le ha leído, y cuando no sabe ó no puede hacerlo, entonces deben intervenir cinco testigos y un notario, ó tres testigos y dos notarios. Otros, como el de Méjico y el de la Baja California, sólo requieren la designación de una persona que les lea el testamento, en el caso de que no pueda el testador hacerlo por

sí. Como se ve, esas diferencias únicamente se refieren á lo que es accidental, pues la esencia sigue siendo la misma en todos ellos, á saber: que el testador lea el testamento para enterarse de él antes de prestarle su conformidad, y que en el caso de que no pueda hacerlo éste, bien por ignorancia, bien por impedimento, lo lea en su nombre otra ú otras personas de su confianza, distintas del notario, como medio de comprobar la exactitud de su contenido.

Excusado es decir que esas dos personas que, según nuestro Código, ha de designar el testador para la lectura, deben estar presentes cuando éste manifieste su voluntad al notario; porque de lo contrario, mal podrían llevar á efecto la confrontación entre el texto del testamento y la disposición del otorgante, que la ley le confiere en representación ó sustitución del testador.

Con ocasión de este artículo, discuten algunos autores sobre si el sordomudo podrá hacer testamento abierto, cuya duda resuelven con distinto criterio. Ya hemos dicho que la ley 13, título 1.º de la Partida 6.ª, prohibía la testamentifacción activa al sordomudo que lo fuere de nacimiento; pero si lo era por accidente, como por enfermedad ó por alguna otra causa, le permitía testar si sabía escribir, con la condición de que escribiese el testamento por su propia mano. El Código sólo hace mención expresa del sordo mudo al tratar del testamento cerrado, y como puede verse en el art. 709, le autoriza para otorgar esta clase de testamentos si supiera escribir.

De esta disposición y de la omisión para los demás casos, entienden algunas comentaristas que el sordomudo sólo puede otorgar testamento cerrado si sabe y puede escribir; pero dicha inteligencia es errónea en concepto de otros, pues de una parte el artículo 662, según el cual pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohibe expresamente, entre cuyas prohibiciones no se halla el sordomudo, según el art. 663; y de otra, tanto la posibilidad material de que manifieste en forma suficientemente clara su pensamiento, como la posibilidad legal de que escriba por sí mismo su testamento, convencen de que, bien en

esta forma escrita si supiere escribir, ó bien en la que determine el art. 697 que examinamos, en el caso de que sólo sepa leer, podrá otorgar testamento abierto el sordomudo ó el simplemente impedido de hablar, pues hasta el sordomudo de nacimiento es hoy susceptible de enseñanza para la expresión de las ideas, por los adelantos obtenidos en esta clase de educación.

De acuerdo con esta doctrina se hallan Vitali y algunos otros autores extranjeros, los cuales entienden que si el mudo puede expresarse y dar á conocer su voluntad, debe ser capacitado para otorgar testamento. Otros, por el contrario, estimando deficientes y expuestos á error los medios de expresión que están al alcance del mudo para dar á conocer su voluntad, entiende que debe prohibírsele la facultad de testar, excepto en el caso de que por sí mismo escribiera el testamento.

Concretándonos á las disposiciones citadas y demás del Código civil relativas á esta materia, nuestra opinión es que el sordomudo que sepa leer y escribir puede otorgar toda clase de testamentos: el cerrado, conforme á lo prevenido expresamente en el art. 709; el ológrafo, llenando los requisitos que establece el 688; y el abierto, presentando escrita por sí mismo su disposición testamentaria al notario y testigos, como lo permite el artículo 696, y observándose para su otorgamiento las formalidades prevenidas en el 697 que estamos comentando. Pero si el sordomudo no sabe leer ni escribir, podrá ser materialmente imposible llenar el requisito esencial de que exprese su última voluntad al notario y testigos, de modo que éstos le vean y entiendan, como ordena la ley, y, por consiguiente, no podrá en tal caso hacer testamento abierto ni en ninguna otra forma. Así sucederá por regla general. Sin embargo, cuando el sordomudo sepa expresar su pensamiento con claridad por medio de signos que entiendan el notario y los testigos, de suerte que éstos y las demás personas que presencien el acto queden enterados perfectamente de cuál sea su voluntad ó disposicion testamentaria, creemos que podrá otorgar testamento abierto con las formalidades establecidas en el presente artículo, puesto que no lo

prohibe la ley, y se halla en caso idéntico al del *enteramente sordo, que no sabe ó no puede leer*, á que este artículo se refiere.

Por la misma razón, ha dicho un expositor del Código, cuando el sordomudo no pueda comunicarse con los demás por escrito, sino por signos ó por los otros medios de comunicación que están á su alcance, todos los testigos y las personas que en nombre del testador hayan de leer el testamento deberán entender los signos mediante los cuales haya expresado éste su voluntad.

Y si á más de sordo fuera también ciego el testador, ¿qué debería hacerse entonces? En este caso, entendemos que no es necesario acumular las solemnidades establecidas en este artículo para el testamento del sordo y las del 698 que se refieren al del ciego, sino que bastará que se cumplan las mayores, que son las exigidas en el artículo que examinamos, sin omitir el requisito de la doble lectura que previene el 698, en cuya virtud habrá de leer el testamento en alta voz el notario, sin perjuicio de que lo lean también las dos personas que, según el 697, debe designar el testador para que lo hagan en su nombre.

¿Podrán testar también los sordos en alguna de las formas establecidas por vía de excepción en los artículos 700 y 701, para el caso de inminente peligro de muerte y para el tiempo de epidemia? Para evitar repiticiones innecesarias, véase en contestación á esta pregunta lo que en el artículo siguiente decimos en caso análogo respecto del ciego.

Algún comentarista se ha ocupado también del caso de la sordera ú otopatía intermitente, proponiendo, á semejanza de lo que sucede con el demente que testa en intervalo de lucidez, una especie de reconocimiento facultativo previo, análogo al establecido para el demente en el art. 665; pero, á nuestro juicio, ese reconocimiento resulta innecesario, toda vez que la sordera es una cuestión de hecho fácilmente apreciable por el notario y los testigos en el acto del otorgamiento. Si en dicho acto el otorgante oye, y puede, por lo tanto, apreciar, por la lectura que el notario haga del testamento, si éste se halla ó no conforme con

sus instrucciones ó su voluntad, testará con sujeción á las reglas generales. Si, por el contrario, no oye en dicha ocasión, habrán de cumplirse las prescripciones del artículo que examinamos, sin que para convencerse de la falta de audición sean necesarios conocimientos especiales ni otros procedimientos que la mera y personal comprobación.

El presente artículo tiene sus precedentes, como hemos dicho ya, en la ley 13, tít. 1.º, de la Partida 6.ª, y en el art. 694 del proyecto de Código de 1882 se establecían preceptos análogos á los consignados en el mismo.

Además concuerda dicho artículo con el 787 del Código de Italia, con el 1917 del de Portugal, con el 759 y 760 del de Uruguay, con el 3772 del de Méjico, con el 3503 del de la Baja California y con algunos otros.

ARTÍCULO 698

Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 69, y otra en igual forma por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.

En derecho romano, el testamento del ciego había de ser precisamente nuncupativo, otorgándose ante siete testigos, y un *tabularius*, y en defecto de éste era exigido un octavo testigo, debiendo todos firmar y sellar el documento después de leído al testador (1). Siguiendo este precedente, la legislación alfonsina facultó al ciego, en la ley 14, tít. 1.º de la Partida 6.ª, para otorgar testamento abierto también ante notario y siete testigos, ó ante ocho si no intervenía dicho funcionario; pero la ley 3.ª de Toro, inserta en la 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, redujo á cinco el número de testigos por lo menos, y

(1) Ley 8.ª, tít. 2.º, libro 6.º del Código; y párrafo 4.º, tít. 13, libro 2.º de la Instituta.

no precisó la forma en que había de ser hecho el testamento, lo cual dió lugar á dudas sobre si el ciego podía ó no otorgar testamento cerrado, toda vez que dicha legislación no lo prohibía expresamente, ni imponía tampoco, como el derecho romano y las leyes de Partidas, el testamento nuncupativo ó abierto, como única forma posible á que había de ajustar su disposición testamentaria.

El Código ha venido á resolver esta cuestión en el art. 708, en el cual se establece que no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer; y en cuanto al testamento abierto, única forma que permite utilizar al que carece de vista, no requiere ningún otro requisito especial más que la doble lectura del testamento, exigida por el artículo que comentamos.

Han desaparecido, pues, de nuestra legislación, respecto del testamento del ciego, aquellas solemnidades exigidas por nuestro antiguo derecho, que, temeroso de posibles suplantaciones, había adoptado dichas precauciones para evitarlas. Hoy, por el contrario, esta clase de testamentos se otorgará en las mismas condiciones y con idénticos requisitos que los demás testamentos abiertos, sin otra diferencia que la lectura que de él debe hacer en alta voz uno de los testigos ó la persona de su confianza que designe el testador para dicho efecto, á más de la hecha por el notario.

De este modo se ha querido facilitar la testamentifacción activa en beneficio de los otorgantes y de todos los demás interesados, sin incurrir por ello en un perjudicial abandono, puesto que aquellas solemnidades han sido sustituídas por una nueva y eficaz garantía de la autenticidad del acto testamentario, que tiende á la seguridad de la fiel expresión de los deseos del testador y á imposibilitar é impedir á la vez toda falsedad.

Ya hemos visto que por el art. 708 está prohibido al ciego el testamento cerrado; ¿pero podrá otorgar su última voluntad en alguna de las formas excepcionales establecidas en los artículos 700 y 701 para los casos de inminente peligro y de epidemia?

Esta cuestión fué planteada por los comentaristas de las leyes de Toro, y á nuestro juicio, queda plenamente resuelta por el Código, aunque creen lo contrario algunos expositores del mismo.

La ley 3.ª de Toro, al aclarar las prescripciones del Ordenamiento de Alcalá, mandó que lo ordenado en éste respecto del número de testigos, se entendiera sólo en cuanto al testamento nuncupativo, pero que en el del ciego habían de intervenir cinco cuando menos, con lo que se restableció la especialidad de esta forma de disposición testamentaria, prescrita por la legislación de Partidas, de la que parecía haber prescindido el citado Ordenamiento al no distinguir de personas ni de testamentos cuando reguló las diversas solemnidades establecidas en el mismo para la validez de las disposiciones de última voluntad. Pero la indicada ley de Toro calló respecto á la intervención necesaria del escribano, y esa omisión suscitó las dudas consiguientes sobre si el testador en dicho caso podría prescindir ó no de tal intervención, si bien la generalidad de los comentaristas de dichas leyes convinieron en que el espíritu de ellas era que el testamento del ciego se otorgase ante cinco testigos vecinos y escribano, siendo, por lo tanto, necesaria la intervención de notario.

Tal era la doctrina corriente á la publicación del Código, el cual equiparó dicha clase de testamentos al abierto, común y ordinario, con la única diferencia de esas pequeñas alteraciones, meramente accidentales, que hemos visto en los arts. 697 y 698, y como para todos los testamentos abiertos admite por vía de excepción las formas establecidas en los arts. 700 y 701 en los casos de inminente peligro y de epidemia, se ha creído por algunos, acertadamente, á nuestro juicio, que, equiparado el del ciego al abierto, común y ordinario, podía el testador que adoleciera del defecto de la vista, otorgar la disposición de su última voluntad en los términos que autorizan dichos artículos 700 y 701, si concurriesen las excepcionales circunstancias á que se refieren.

Lo mismo debemos decir del testador sordo, que para la resolución de esta cuestión puede equipararse al ciego, por concu-

rrir idénticas razones de derecho en uno y otro caso, y por eso, en el comentario del artículo anterior nos remitimos al presente en cuanto á la misma hipótesis.

El artículo que examinamos tiene sus precedentes en las leyes 14, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, que constituía el derecho vigente á la publicación del Código. El proyecto de 1882 estableció preceptos análogos en su art. 695, y concuerda, además, con el 760 del Código del Uruguay, el 1019 del de Chile, el 3652 del de la República Argentina, el 1076 del de Colombia, y tiene además alguna relación con el 944 del de Veracruz y el 774 del de Guatemala.

ARTÍCULO 699

Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

El vigente Código que, inspirándose en el loable propósito de facilitar la testamentifacción activa, había prescindido en los artículos precedentes de las antiguas solemnidades exigidas por la legislación de Partidas, y aun por las leyes Recopiladas, conserva, sin embargo, en el precepto que ahora nos corresponde examinar una formalidad ó un requisito de abolengo romano, cuya oportunidad y conveniencia ha sido objeto de larga y detenida discusión. Tal es la unidad de acto requerida por este artículo, la cual recuerda el *uno contexto* de los romanos, aunque al presente no tiene ni puede tener la importancia que en aquella legislación, por el distinto concepto que en nuestros días tiene el testamento, y por los efectos, tanto de la institución notarial

como de las reglas adoptadas para la redacción de los instrumentos públicos.

La unidad de acto encajaba perfectamente en aquel derecho, por razón del carácter que sucesivamente fué revistiendo el testamento, y desde un principio le estableció como consecuencia de las diversas formas adoptadas para testar.

Así es que cuando el acto testamentario tenía lugar *in calatis comitiis* el testador había de exponer de una vez su voluntad, y en un solo momento era aprobado por los *comicios,* hasta el punto que si éstos interrumpían sus deliberaciones, era necesario comenzar nuevamente el testamento. Del mismo modo, cuando el testamento era hecho *per æs et libram,* las solemnidades del mismo no admitían suspensión alguna, porque la *nuncupatio* ó declaración debía hacerse inmediatamente, en el mismo momento que la *mancipatio,* pues de lo contrario no hubiera resultado el testamento.

Teniendo en cuenta la importancia que la unidad de acto tenía, no ya respecto de la forma, sino aun del fondo de la disposición testamentaria, comprendió Justiniano este requisito entre los demás exigidos para la validez del testamento, y conservándose ese precepto sucesivamente á través del tiempo, pasó á la legislación de Partidas, y con ellas subsistió en la forma indicada hasta la publicación del Código, el cual ha conservado dicha formalidad en los términos que más adelante veremos.

Según la generalidad de los tratadistas, el derecho romano comprendía bajo este requisito tres clases de unidad, á saber: 1.º, unidad de contexto; es decir, que empezado el otorgamiento, no se mezclasen en él otros actos extraños al mismo; 2.º, unidad de tiempo, y 3.º, unidad de lugar, por consecuencia de lo que se decía que el testamento había de acabarse *uno eodem die ac tempore et in eodem loco.* Y rectamente apreciado el precepto de este artículo del Código, desde luego se comprende que en la unidad de acto exigida por el mismo se comprenden igualmente las tres circunstancias indicadas, si bien, en cuanto á la primera de ellas, se ha mostrado menos inflexible que dicha legis-

lación, pues en vez de la unidad absoluta é inflexible, tolera las interrupciones del acto que fueren motivadas por algún accidente pasajero, estando en un todo de acuerdo en esto con la ley 3.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª

Conforme á dicho artículo todas las formalidades expresadas en la presente sección, es decir, todas las establecidas para los testamentos abiertos, deben practicarse en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo las que puedan ser motivadas por algún accidente pasajero; pero á este principio se dió por algunos una extensión y alcance extremados, en vista de los términos en que fueron concebidos los arts. 695 y 696.

La primitiva redacción de tales artículos hizo creer á muchos que el legislador se había propuesto imponer la concurrencia simultánea ó en un mismo acto de todas las circunstancias ó formalidades establecidas en dichos artículos hasta el punto de que cuando el testador manifestase su voluntad oralmente, entendían indispensable para la unidad de acto, que, á medida que fuera expresando el testador su intención ó sus deseos, se fueran extendiendo las cláusulas correspondientes á presencia de los testigos; y que si, por el contrario, era expresada la voluntad por escrito, el notario la copiase inmediatamente, estando presentes también dichos testigos y sin mediar interrupción alguna.

Otros, por el contrario, fundándose en los términos mismos con que comienza el artículo que examinamos, deducían solución contraria, y estimaban que no era precisa la presencia de los testigos para la redacción del testamento, y que no se rompía la unidad del acto porque fuese redactado fuera de la presencia de éstos, toda vez que la prescripción contenida en el mismo se refiere tan sólo á las formalidades del otorgamiento, y no se encuentran en este caso la redacción y la extensión por escrito del testamento, que no son otra cosa que actos preparatorios del mismo.

Que la redacción y la escritura no eran formalidades esenciales del otorgamiento, lo indicaba aun en su primitiva redacción del art. 696, al permitir que el testador entregase al notario

redactada [ó consignada ya por escrito su voluntad. Cierto es que en ese caso disponía que el notario la copiara, pero no que á dicho acto hubieran de asistir los testigos, sino que se limitaba á exigir que se diera lactura de ella en voz alta ante éstos, y á presencia de ellos manifestase el testador ser aquélla su última voluntad (1); y separando dichos actos con la conveniente distinción y puntuación, como puede verse en el texto que por nota insertamos, daba claramente á entender que el llamamiento y el concurso de los testigos se refería á otro requisito independiente de la redacción.

Los mismos términos del artículo citado demuestran que ésta fué la intención del legislador, puesto que al decir que no pueda prescindirse de la lectura ante los testigos y de la manifestación de la conformidad por el testador á presencia de los mismos, indica *á contrario sensu* que en todo lo demás puede prescindirse de dicha intervención, y, por lo tanto, no es esencial la presencia de dichos testigos en la redacción por el notario y en la extensión por escrito del instrumento, cuyos actos como accidentales y preparatorios, pueden ser anteriores, reuniéndose después los testigos con el testador y el notario para la lectura y la subsiguiente manifestación ó aceptación del otorgante, que es lo que realmente constituye el otorgamiento, y á lo que se refiere el requisito de la unidad de acto.

Para evitar los errores que en su interpretación suscitaban los términos primitivos de los arts. 695 y 696, fueron reformados éstos, al llevarse á efecto la revisión decretada por la ley de 26 de Mayo de 1889, en los términos que expusimos al comentar dichos artículos, desapareciendo en el primero de ellos la necesidad de la presencia de los testigos cuando el testador mani-

---

(1) El primitivo texto del art. 696 decía así: «Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente ya redactada su disposición testamentaria, el notario la copiará; pero no podrá dejar de leerla en voz alta ante los testigos, ni el testador de manifestar, á presencia de los mismos, ser aquélla su última voluntad, observándose lo demás prevenido en el artículo anterior.»

fiesta al notario su voluntad, y en el segundo, la de la copia á presencia de ellos de dicha voluntad, cuando hubiera sido expuesta por escrito: pues si bien en él se dice que en dicho caso «el notario redactará el testamento con arreglo á ella, y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos», esta expresión de la presencia de los testigos citados sólo se refiere y afecta á la lectura y no á la redacción, pues ésta no es formalidad del testamento abierto. Véase, como ampliación de lo dicho, lo expuesto al comentar los artículos citados.

A pesar del cuidado con que dicha reforma se hizo, las dudas subsistieron y la cuestión continuó, siendo objeto de apasionada controversia, hasta que el Tribunal Supremo, en dos juicios que llegaron á adquirir cierta notoriedad por la importancia de la jurisprudencia que había de sentar, estableció la doctrina que queda expuesta, declarándose en sentencia de 5 de Junio de 1894, «que ni el art. 695, ni ningún otro del Código civil, prohibe que como diligencia previa al otorgamiento, útil y necesaria muchas veces por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias, el testador participe su voluntad al notario para que se redacte por éste con estudio y detenimiento que garanticen en el acto del otorgamiento la exactitud y claridad de la que ha de ser fiel expresión de la libre y espontánea voluntad del testador, observándose las solemnidades del otorgamiento y existiendo la unidad de acto cuando el testador manifieste claramente su propósito al notario y á los testigos; sin que indique la ley por quién y dónde ha de redactarse el testamento ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento, y solamente que se expresará el lugar, año, mes, día y hora; leyéndose en alta voz para que el testador manifieste si la redacción está conforme con su voluntad; firmándose en el acto, si lo estuviera, por el testador y los testigos que puedan verificarlo, y haciéndose constar siempre por el notario que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal indispensable para testar, y si todas estas exigencias de los artículos 695 y 699 del Código civil fueron cumplidas, es evidente su validez y eficacia.»

Igual doctrina estableció el mismo Tribunal en sentencia de 18 de Junio de 1896.

En ambos juicios demandábase la nulidad de ciertos testamentos, fundándose dicha pretensión en que no habían sido extendidos por escrito ó redactados á presencia del testador y de los testigos, y hasta con la particularidad de que uno de ellos, el correspondiente á la segunda sentencia citada, había sido otorgado en el espacio de tiempo transcurrido desde que empezó á regir el Código hasta la revisión del mismo; es decir, cuando aún estaba vigente la primitiva redacción de los arts. 695 y 696, que autorizaban aún más la opinión contraria, por exigir preceptivamente la presencia de los testigos en el acto de manifestar el testador su voluntad al notario, y en el de la copia por el notario de la minuta presentada, cuando hubiera sido expresada dicha voluntad por escrito.

La sentencia de 1.° de Febrero de 1907 (debe advertirse que existe otra de igual fecha), con vista de los artículos 670, 675, 687, 694, 695 y 699, declara: 1.° Que el art. 695 no exige que que el testador exprese previamente su voluntad ante los testigos, bastando que conste que comunicó instrucciones previas de palabra ó por escrito al notario; que se dió ante todos lectura de la disposición, y que el otorgante manifestó que estaba conforme con su voluntad. 2.° Que la unidad del acto empieza en el testamento abierto, cuando reunidos el testador, los testigos y el notario, se da por éste lectura de la disposición. 3.° Que el testamento no puede estimarse nulo aunque no esté firmado por el testador, si estando imposibilitado de hacerlo, firma á su ruego uno de los testigos.

Después de tan terminantes declaraciones de la jurisprudencia, no puede caber duda alguna de que la unidad de acto, ordenada en el artículo que comentamos, se refiere únicamente á que, tanto la lectura del testamento, como la manifestación de su conformidad por el testador, y la firma por éste y las demás personas concurrentes, se lleve á cabo sin interrupción alguna; y, por lo tanto, no se infringe dicha unidad por el hecho de ha-

berse dado al notario antes de ese acto las instrucciones ó la minuta de la voluntad del otorgante, ó por haberse redactado también con independencia del mismo el testamento. De lo contrario, imposible sería el otorgamiento de muchas disposiciones testamentarias, ó amenazadas, tendrían que quedar con la nulidad una porción de ellas.

No se rompe la unidad del testamento, declara la sentencia de 25 de Noviembre de 1902, por el tiempo que necesite el notario para redactar reposadamente el testamento conforme á lo que haya oído al testador.

No existe en cambio unidad de acto, declara la sentencia de 31 de Diciembre de 1904, cuando extendido el testamento, el testador, sin expresar su conformidad, dilata su firma para el día siguiente, y firma después fuera de la presencia del notario y testigos, ó simplemente fuera de la presencia de éstos, si se trata de un testamento otorgado en peligro de muerte.

Se ha censurado por algunos que el Código haya mantenido dicho requisito, fundados en la creencia de que si en la legislación romana tuvo su razón la unidad de acto, no puede hoy ser considerada como formalidad esencial del testamento, de la que haya de depender su validez, puesto que hasta la misma legislación de Partida (1), si la mantuvo, fué, dicen, más como una advertencia ó consejo, que como un mandato, no teniendo en la actualidad un fin práctico ni una razón de utilidad que le abone.

Al sostener tan rotunda afirmación se incurre en error, á nuestro juicio, pues la legislación de Partida exigió la unidad de acto en los términos en que la exige el Código, y hasta la ley de Enjuiciamiento civil consideró subsistente dicho mandato, como puede verse en el núm. 2.º del art. 1953, al exigir para elevar á escritura pública el testamento ó codicilo hecho de palabra, «que los testigos, y el notario en su caso, hayan oído *simultáneamente* de boca del testador todas las disposiciones que

(1) Ley 3.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª

quería se tuvieran como su última voluntad». Y en cuanto á los fines que puede prestar dicho requisito, desde luego se comprende que éste no huelga dentro del concepto que al legislador debe merecer el testamento, pues la unidad de acto implica mayor solemnidad ó formalidad, y da un elemento más de garantía á la veracidad del mismo, impidiendo adulteraciones de la verdad ó suplantaciones fáciles en otro caso.

Después del precepto relativo á la unidad de acto, el artículo que examinamos dispone que el notario dé fe al final del testamento de haberse cumplido todas las formalidades exigidas para el mismo, y acerca de esta disposición se han suscitado también dudas, entendiendo unos que bastará que dicho funcionario dé fe en forma general é indeterminada de que se han cumplido todas las formalidades legales, sin expresar cuáles sean ni la forma en que se hayan cumplido, y otros, por el contrario, que debe especificar todas las que se hayan observado antes de dar fe de su cumplimiento. Díaz Ferreira, el comentador del Código portugués, es de esta última opinión, en apoyo de la cual dice que si el notario se limitase á declarar que todas las formalidades prescritas por la ley habían sido cumplidas, sin mencionarlas circunstanciadamente, no habría la menor garantía de que dichas formalidades se hubieran cumplido una por una, por lo que el notario debe expresar en el cuerpo del testamento, según dicho autor, las formalidades designadas por la ley y terminar con la declaración de que todas han sido cumplidas. También se han ocupado en esta cuestión Rogron, Vitali y otros, y aun en el mismo Código francés es mucho más explícito en este punto que nuestra legislación, puesto que exige que de todo se haga mención expresa en el testamento, por lo que, así sus comentadores como la jurisprudencia unánimemente entienden que es preciso que el notario haga constar el efectivo cumplimiento de cada una de dichas formalidades.

En nuestro país, la opinión más general es la primera antes indicada; es decir, la que estima bastante que el notario se limite á hacer constar que se han cumplido todas las formalidades re-

queridas en derecho, sin necesidad de mencionarlas ó especificarlas; pero frente á esta opinión sostenemos que esa determinación es precisa, como una garantía más de que ha de rodearse el testamento, porque siendo éste nulo cuando falta alguna de dichas formalidades, no habría medio de suplirla ni de notar su falta, en el caso de haberse omitido alguna, si el notario no fuese mencionando todas las que se hubieren observado en cada caso.

Complemento de la obligación impuesta en esta parte del artículo citado, es la sanción establecida en el art. 705, que hace responsable al notario autorizante de los daños y perjuicios que sobrevengan en el caso de haber sido declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado en él las solemnidades establecidas para cada caso, si la falta procediere de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

Finalmente: dice el presente artículo que el notario ha de dar fe también de conocer al testador, ó á los testigos de conocimiento en su caso. Este precepto debe entenderse en relación con el 686, que establece el medio de identificar la persona del testador si no fuere posible hacerlo en la forma prevenida en el artículo 685, y, por lo tanto, si el notario no conociere al testador y no pudiera identificarse su persona por dos testigos de conocimiento, se declarará en el testamento esta circunstancia por aquél, ó por éstos en su caso, reseñándose los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo. Al comentario de dicho artículo nos remitimos, como ampliación del presente.

El artículo que comentamos es análogo al 696 del proyecto de Código de 1882, y concuerda además con el 772 del Código de Guatemala, el 1918 del de Portugal, el 3773 del de Méjico, el 3504 del de la Baja California, y algunos otros.

ARTÍCULO 700

Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario.

El precepto de este artículo debe entenderse en relación con el 702 y 704 y con las limitaciones establecidas en el 703.

Tiene sus precedentes en las legislaciones forales, según hemos dicho en otra ocasión, y viene á autorizar, para el caso especial á que se refiere, una de las formas admitidas como de aplicación general por la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación para el testamento abierto.

Siendo hoy requisito esencial de dicha clase de testamentos la intervención de notario y el otorgamiento del oportuno instrumento público, la forma indicada viene á constituir una de las excepciones de la regla general, sancionadas y reconocidas en el párrafo 2.º del art. 694.

Ante todo conviene precisar lo que debe entenderse por peligro inminente de muerte, para poder deducir cuándo y en qué condiciones podrá el testador otorgar testamento en la forma que este artículo establece.

La falta de notario en las pequeñas localidades, la razón de economía, el interés personal, el deseo de ahorrarse molestia y de evitar dilaciones para aprovechar los momentos en que el testador ha manifestado deseos de otorgar su disposición testamentaria, el temor de que éste se arrepienta ó desista de ello si hubiera de esperarse la venida de notario, más ó menos distante de la población, y otra porción de causas, han contribuído á que se generalice y extienda tanto esta clase de testamentos, especialmente en los pueblos donde no resida notario, que puede decirse que esa forma es la única utilizada en ellos, á pretexto siempre de hallarse el testador en peligro más ó menos inminente de muerte.

Tales abusos, y los perjuicios que mediante ellos pueden oca-

sionarse, exigen un exquisito cuidado y un rigor inflexible por parte de los Tribunales llamados á intervenir en la admisión y elevación á escritura pública de dichos testamentos, si no se quiere que volvamos á la época de las cédulas y memorias testamentarias con todos sus inconvenientes, ó que con el tiempo la excepción se convierta en regla general y se viole ó se eluda el precepto de la ley, haciéndose ineficaces las garantías establecidas en el art. 694 para todos los testamentos abiertos en que no concurran las poderosas razones que han motivado la adopción de las dos especiales modalidades establecidas en los artículos 700 y 701.

Las condiciones en que se otorgan estos testamentos excepcionales no consienten que se extienda esa facultad más allá de los límites racionales marcados por la misma circunstancia perentoria y extraordinaria que le da nacimiento; y por lo tanto, si la potestad concedida para otorgarlos obedece á la razón de que no mueran intestados los que en tal circunstancia se hallaren, por la imposibilidad de esperar la llegada del notario ó de cumplir todas las formalidades que son necesarias para la validez del testamento en otro caso, desde luego se comprende que una vez que desaparezca dicha razón, ó sea la inminencia del peligro de muerte, debe cesar la facultad ó la excepción indicada.

En su consecuencia, á nuestro juicio, el precepto de este artículo se refiere única y exclusivamente á aquellos momentos en que la enfermedad es de tanta gravedad, que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar á que pueda concurrir el notario; pues pasados esos momentos de peligro, si el enfermo se alivia hasta el punto de poder esperarse la llegada ó el concurso del notario, y no hay razón para considerarle en constante é inminente exposición de muerte, entonces falta el motivo que la ley ha tenido para establecer esta causa de excepción, cual es la imposibilidad de la intervención del notario por razón de la premura de las circunstancias.

Cuando á juicio del Tribunal sentenciador no resulta probado que el testador estuviese en las críticas circunstancias que

exige el art. 700, el testamento es nulo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 1904.)

Según otra sentencia de 9 de Mayo de 1908, no puede estimarse como testamento en peligro inminente de muerte, el que no se hace ó se intenta hacer en consideración á tal peligro, aunque sobrevenga la muerte cuando se está preparando el otorgamiento de un testamento abierto. De aquí que, aun cuando accidentalmente se enterasen de la voluntad del causante por la nota facilitada al notario, no sólo éste y los tres testigos requeridos al efecto, sino otras dos personas ó amigos, no existe verdadero testamento de ninguna clase.

Con arreglo al artículo que comentamos, los cinco testigos cuya intervención es necesaria para el otorgamiento de esta clase de disposiciones de última voluntad deben ser idóneos, es decir, que no concurra en ellos ninguna de las causas de incapacidad establecidas en los artículos 681 y 682.

Además, es muy conveniente que dichos testigos sean personas de reconocida probidad y veracidad, para que dichas circunstancias alejen toda sospecha; pero aunque no reunan esas condiciones, por no ser posible disponer de ellos, no por eso dejaría de ser válido el testamento, siempre que no fueren inhábiles para el desempeño de dicho cargo los testigos concurrentes al acto.

Pero como el mismo artículo establece, es indispensable la asistencia de cinco testigos, y si el testamento pudo escribirse, en él ha de constar la expresión de cuáles fueron los cinco testigos que le presenciaron. De aquí que el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Mayo de 1897, declare nulo un testamento hecho *in articulo mortis* y escrito, en el que sólo se consignó la concurrencia de cuatro, habiendo firmado al día siguiente otro y tratádose de probar después su intervención, fundándose en que las mayores facilidades que se dan para el otorgamiento de los testamentos á que se refieren los artículos 700 á 702, no excluyen el cumplimiento de todos los demás requisitos esenciales que para el testamento abierto se exigen en la misma sección,

siempre que sean racionalmente compatibles, y en que, con arreglo al párrafo final del art. 702, sólo cuando no hubiese sido posible escribir el testamento, da el legislador eficacia al verbal, que ofrece menos garantías, y sólo entonces es cuando se impone la necesidad de justificar *à posteriori* la concurrencia de los testigos necesarios.

Comprueban la necesidad de que en el testamento otorgado en peligro de muerte, se cumplan todos los requisitos esenciales exigidos para el testamento abierto en cuanto sean racionalmente compatibles, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1904 y 11 de Febrero de 1907. Por eso, á pesar de declarar la de 30 de Septiembre de 1907 que el testamento hecho en peligro inminente de muerte es válido si aparece otorgado por persona capaz, ante cinco testigos y consignado por escrito, aunque no se exprese la hora en que se otorgó, la de 11 de Febrero del mismo año resuelve que las condiciones expresadas no son suficientes, y el testamento debe declararse nulo cuando resulta de las pruebas que el testador no expresó su voluntad ante los testigos, y la de 31 de Diciembre de 1904 exige la firma del testador en el mismo acto, no siendo válido el testamento aunque aparezca firmado por él, si demoró la firma para el día siguiente, y no consta que firmase á presencia de los testigos.

Véase también sobre este artículo, en el comentario del 681, núm. 2.º, la sentencia de 21 de Noviembre de 1899.

Según el párrafo 2.º del art. 685, todos esos testigos tienen la misma obligación de conocer al testador, impuesta por el párrafo 1.º á los notarios y á dos de los testigos instrumentales. La única diferencia estriba en que en el testamento abierto, común ú ordinario, ese deber sólo lo tienen dos de los testigos concurrentes en el indicado concepto, y en el presente caso dicha obligación se extiende á todos, porque todos se subrogan en el lugar del notario autorizante.

Pero si no conocieran al testador ninguno de los reunidos, ¿qué deberá hacerse? Entendemos que por analogía á lo dispuesto

en el citado párrafo 1.°, deberá procurarse identificar su persona con dos testigos de conocimiento, y si tampoco pudiera identificarse en dicha forma, habrá de cumplirse entonces por la misma razón lo establecido para dicho caso en el art. 686. Las circunstancias y el motivo de dicha disposición son los mismos en uno y otro supuesto, y por lo tanto, deben regirse por un mismo precepto.

De no estimarlo así, resultaría que la falta de conocimiento del testador se convertiría en una causa de incapacidad, y ni en las prescripciones generales acerca de los testigos en testamento, ni en las especiales relativas á estas dos formas excepcionales, existe precepto alguno que especialmente declare esa incapacidad.

Aunque algunos creen encontrar precedentes de este artículo en la ley 10, tít. 5.°, libro 2.° del Fuero Juzgo, rectamente apreciada dicha ley, se observa desde luego que no puede invocarse en tal concepto. Los testamentos así otorgados son ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil, según veremos al hacer el estudio correspondiente del art. 704.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 572, del cual trae su origen el que examinamos, prevenía que el que se hallare en peligro inminente de muerte, por efecto de un ataque ó accidente repentino que haga temer la muerte sin testamento, podría otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento ó ante dos con escribano: es decir, exigía menos solemnidades aún que el Código vigente; pero imponía una condición que limitaba considerablemente el ejercicio de esa facultad, puesto que sólo la concedía en los casos inesperados de peligro de muerte por efecto de una causa imprevista, como lo indican las palabras *por efecto de un ataque ó accidente repentino*, que no están consignadas por vía de ejemplo, sino como única causa determinante de dicha concesión. Por lo tanto, no concurriría dicho requisito en el caso de que el peligro de muerte sobreviniere por consecuencia de enfermedad no repentina ó por causa no imprevista.

El proyecto de 1882 ya amplió más los términos del precepto, estableciendo en su art. 697, que el que en virtud de enfermedad grave ó por otra causa se hallare en peligro de morir sin testamento, pudiera otorgarle ante el juez municipal, ó ante el párroco, con asistencia de tres testigos, ó sólo con intervención de cinco testigos, siempre que en uno ú otro caso no hubiere notario en la localidad ó el otorgante residiera en despoblado, no siendo preciso que los testigos concurrentes supiesen escribir cuando no pudieren ser habidos con dicha cualidad.

El artículo que examinamos ha simplificado, pues, los términos, reduciendo á un solo tipo las varias soluciones propuestas; pero según él, no basta que exista peligro de muerte, sino que éste ha de ser inminente para que se conceda la facultad establecida en el mismo.

Casi todas las legislaciones han admitido el mismo criterio, y pueden hallarse concordancias con el precepto de nuestro Código en el art. 3805 del de Méjico, en el 3536 del de la Baja California, en el 773 del de Uruguay, en el 1035 del de Chile, en el 823 del de Veracruz y en algunos otros.

ARTÍCULO 701

En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres.

Las circunstancias anormales y especialísimas en que se encuentran los habitantes de una localidad castigada por la epidemia, en las cuales el terror impide encontrar personas con la fortaleza de espíritu necesaria para prestarse á ser testigos de un testamento, quizás en el período álgido ó en los momentos más críticos de la enfermedad, con riesgo evidente de contagio, han movido al legislador en todo tiempo á reducir las solemnidades de la testamentifacción activa, para evitar que fallezcan abintestato los que en dichas circunstancias se encuentran.

Ya en el derecho romano, la ley 8.ª, tít. 23, libro 6.º del Código dispensó en tiempo de peste el requisito de la unidad de acto, pudiendo llenarse todas las formalidades en horas y en días diferentes con relación á cada testigo. Nuestro antiguo derecho hizo lo mismo, y si en las leyes recopiladas no se encuentra precepto alguno expreso acerca de ello, es porque la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, facilitó tanto la testamentifacción, que podía en determinados casos otorgarse el testamento en la misma forma establecida en el artículo que examinamos; y como si esto no fuera bastante, en ocasión relativamente reciente, con motivo de la epidemia de que eran víctimas á la sazón varias regiones de España, se dictó en 21 de Agosto de 1885 una importante Real orden, para facilitar el otorgamiento de las últimas voluntades con las mayores garantías compatibles con tan críticas circunstancias.

Por dicha Real orden se impuso á los notarios la obligación de acudir con prontitud al requerimiento que les fuere hecho en nombre de las personas capaces de testar, que, hallándose invadidas por el cólera, quisieran otorgar testamento, autorizándoles para proceder al otorgamiento aun cuando no conocieren al testador y faltaren los medios legales de identificación, con la extensión de la oportuna cédula ante el mayor número posible de testigos, y para el caso de que no hubiere notario ó no acudiere éste con la prontitud necesaria al llamamiento del requirente, se facultó al secretario del Juzgado de primera instancia, ó del municipal en su defecto, para otorgar la cédula testamentaria, siempre que no fuere posible utilizar otros medios legales para testar con la urgencia que el caso exigiera, sin perjuicio de que, ocurrido el fallecimiento del otorgante, el notario ó secretario presentaren dicha cédula al juez competente, á los efectos del tít. 6.º, parte primera del libro 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil, ó sea para su elevación á instrumento público; y con objeto de procurar la concurrencia de los testigos necesarios para el acto testamentario, se dispuso que tanto los notarios como los secretarios citados serían testigos en tales tes-

tamentos, siempre que no pudiere completarse el número exigido por las leyes.

Casi todas las legislaciones extranjeras han seguido el mismo criterio; pero los Códigos americanos son los que con más extensión se ocupan de esta forma de testar especial para los testamentos abiertos.

En Francia puede otorgarse ante el juez de paz ó ante uno de los oficiales municipales, á presencia de dos testigos. En Italia puede tener lugar ante el notario, el juez ó el síndico, ó ante quien haga sus veces, ó ante el ministro del culto, con asistencia también de dos testigos, pudiendo intervenir en tal concepto personas de uno ú otro sexo que fueren mayores de dieciséis años. Exigen también la presencia de dos testigos y la intervención de escribano ó del juez municipal, los Códigos del Uruguay, de Guatemala, de Chile, de Veracruz y de la Baja California; deduciéndose de las referencias que quedan hechas, que la legislación española es una de las que más facilidades ha concedido para el otorgamiento de esta clase de testamento, puesto que no requiere el concurso de ningún funcionario público, bastando la presencia de tres testigos de condiciones especiales; dispensándoles de los requisitos exigidos á los testigos en los demás casos, toda vez que no necesitan ser varones ni mayores de edad, sino que pueden válidamente serlo también las hembras y los menores de edad de uno y otro sexo, siempre que fueren mayores de dieciséis años.

Algunos expositores han creído que tampoco necesitan reunir la cualidad de vecinos ó domiciliados, puesto que el artículo que examinamos no lo exige; pero esta opinión es, á nuestro juicio, errónea, porque la falta de dicha cualidad constituiría una causa de incapacidad, con arreglo al núm. 3.° del art. 681, que les inhabilitaría para ser testigos en toda clase de testamentos, y no estando dispensada expresamente dicha incapacidad, como sucede con las del sexo y la de la menor edad, tiene necesariamente que surtir sus efectos. Por el contrario, si la intención del legislador hubiera sido, como dicen esos expositores, que en

el caso de no hallarse tres personas vecinas ó domiciliadas, pudiera otorgarse ante tres que no residan habitualmente en el lugar del otorgamiento, lo hubiera autorizado así del mismo modo que ha autorizado á las mujeres y á los menores de edad para ello.

Como el artículo anterior, el presente sanciosa para el caso especial á que se refiere una forma establecida con carácter general para el testamento abierto por nuestra antigua legislación. Siendo ahora indispensable en dichos testamentos la intervención de notario y el otorgamiento de instrumento público, dicha forma ha venido á oonstituir una de las excepciones sancionadas y permitidas por el párrafo último del art. 694.

El proyecto de 1882, en su art. 698, proponía preceptos análogos; pero no autorizaba el testamento ante sólo los tres testigos, sino en el caso de no haber notario en el pueblo y de no poder sustituirle el juez municipal ó el cura párroco.

Este artículo debe entenderse en relación con el 702 y 704, y con las limitaciones que establece el 703, puesto que los preceptos establecidos por dichos artículos son comunes á los testamentos otorgados en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia.

Cuanto hemos dicho en el artículo anterior acerca de la obligación de conocer al testador, impuesta por el párrafo 2.º del artículo 685 á los testigos que autoricen el testamento á que aquel artículo se refiere, es extensivo también al presente.

Concuerda el precepto que examinamos con el art. 773 del código del Uruguay, el 786 del de Guatemala, el 789 del de Italia, el 893 del de Veracruz, el 985 y 986 de los de Francia y Bélgica, el 1031 y 1034 del de Chile, el 3804 y siguientes al 3808 del de Méjico, el 3525 y siguientes al 3539 del de la Baja California y algunos otros.

ARTÍCULO 702

En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

En las indicaciones con que comenzamos el estudio de las disposiciones de esta sección 5.ª, consagrada especialmente á regular el testamento abierto, expusimos ya que en esta clase de disposiciones testamentarias era requisito esencial y objeto especial de una de las principales reformas introducidas en la materia, el que hubieran necesariamente de consignarse por escrito, aun en los dos casos de excepciones establecidos en los arts. 700 y 701, si hubiere posibilidad de hacerlo, siendo tan precisa é indispensable la observancia de dicha formalidad, que la jurisprudencia ha declarado la nulidad de un testamento otorgado en inminente peligro de muerte ante notario y tres testigos, con todos los requisitos legales necesarios para su validez, por no resultar probada la imposibilidad de escribirlo (1).

La misma doctrina se reitera en sentencia de 5 de Noviembre de 1902.

Hemos dicho también, que la razón de esta reforma obedece al propósito de dar al acto testamentario las mayores garantías de autenticidad posible, evitando los abusos que podían ocasionarse en los testamentos verbalmente hechos; y para ahorrar repeticiones innecesarias, damos aquí por reproducido lo expuesto en dichas ocasiones.

Conforme con dicha doctrina, este artículo establece el precepto de que el testamento abierto, para ser válido y eficaz, ha de escribirse siempre que fuere posible, aun en los excepcionales casos de inminente peligro de muerte y de epidemia, y si así

---

(1) V. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1891, según la que no puede prescindirse de la formalidad de la escritura, sino en caso de extrema imposibilidad.

no se hiciere pudiendo ser escrito, adolecerá de un motivo de nulidad, con arreglo al art. 687. Pero como pudiera ocurrir que en estos dos últimos casos no llegara á consignarse por escrito el testamento por la perentoriedad de las circunstancias, y aun por no saber escribir ninguno de los testigos concurrentes, en razón á no haber tiempo para hallarlos con los conocimientos necesarios para ello, la ley, para que no fallezcan *abintestato* las personas que en dichas circunstancias se encontraren, ha estimado válido el testamento verbal en tales casos, dándole fuerza y eficacia aun cuando los testigos no sepan escribir. Todo antes que dejar morir intestado al que demuestra intención y voluntad de testar; éste ha sido el criterio en que se ha inspirado el Código, aceptando para ello, por vía de excepción y con las restricciones indicadas, la facultad que las leyes 4.ª, tít. 2.º, Partida 6.ª, y 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación y la jurisprudencia constante, concedían con carácter general al testador para otorgar su última voluntad verbalmente, si bien para su eficacia exige la elevación á escritura pública, como veremos al examinar el art. 704.

Cuando no sea posible escribir el testamento, será necesario, al solicitar su protocolización, exponer y justificar la causa que lo hubiere impedido, para que el tribunal llamado á entender en la elevación á escritura pública pueda apreciar si ha existido ó no la extrema imposibilidad á que se refiere la sentencia de 16 de Febrero de 1891, antes citada.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 699, propuso análogos preceptos, y concuerda además este artículo con el 789 del Código de Italia, el 1034 del de Chile, el 786 del de Guatemala, el 773 del de Uruguay, el 3806 del de Méjico y el 3537 del de la Baja California, y algunos otros que igualmente conceden las mayores facilidades para esta clase de testamentos.

ARTÍCULO 703

El testamento otorgado con arreglo á las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si

pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Hallándose establecidas tan sólo para casos especialísimos las formas de testar á que se refieren los arts. 700 y 701, desde luego se comprende que las excepcionales condiciones en que se otorgan estas disposiciones testamentarias no permiten se les reconozca eficacia más allá de los justos límites marcados por la misma causa á que deben su origen, y, por lo tanto, en rigor de principios, una vez pasada la inminencia del peligro de muerte ó concluída la epidemia, debiera *ipso facto* cesar también la facultad concedida por la ley en consideración á tales motivos para prescindir ó apartarse de las formalidades que regulan el otorgamiento de los testamentos abiertos, pues si el testador sobrevive á esos riesgos, tiempo y ocasión tiene para revalidar aquellas disposiciones, rodeándolas de todos los requisitos y de todas las garantías exigidas para circunstancias normales.

Sin embargo, teniendo en cuenta el legislador los inconvenientes que podrían originarse por la inflexibilidad de dicha regla, ha suavizado el rigor de tal principio, estableciendo un término breve dentro del cual puede surtir sus efectos el testamento ordenado en alguna de las formas indicadas, aun después de haber desaparecido la causa que le autorizara; y esta es la razón del artículo que examinamos.

Según él, para que sea eficaz el testamento otorgado en inminente peligro de muerte ó en tiempo de epidemia, se requieren dos condiciones ó circunstancias, á saber: 1.ª, que el testador fallezca dentro del término de dos meses, á contar desde que salió de dicho peligro ó desde que cesó la epidemia; y 2.ª, que sea presentado en el Tribunal competente para su elevación á

instrumento público dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del otorgante. Ambas circunstancias han de concurrir conjuntamente, pues de nada serviría que el testador falleciese en el primero de los plazos citados si fuera presentado para su elevación á instrumento público después de los tres meses posteriores á su muerte, y del mismo modo quedaría ineficaz, aunque se cumpliera este último requisito, si el causante murió más de dos meses después de haber cesado la causa que motivara la especialidad de dicha forma.

La mera exposición de dichos requisitos basta para justificar su fundamento. El primero de ellos trae su origen de la naturaleza misma de esta clase de testamentos, pues de lo contrario se daría un carácter de permanencia y de perpetuidad á lo que sólo está admitido como supletorio para salvar la anormalidad de las circunstancias y evitar que fallezcan intestados los que en tan grave situación se encontraren; pero una vez restablecida la normalidad, debe imperar la regla general y no puede prevalecer la excepción.

A pesar de la claridad del precepto, se han suscitado dudas que han dado lugar á algún litigio acerca de los términos en que debe computarse el plazo de los dos meses, dentro de los cuales debe fallecer el testador, para que sea eficaz el testamento otorgado en alguna de estas formas.

El artículo que examinamos dice que quedará ineficaz el testamento si pasaren dos meses desde que el testador *haya salido del peligro* de muerte ó cesado la epidemia; y atendiendo más al sentido literal de las palabras que al espíritu de tal precepto, se ha entendido por alguno que omitiendo el artículo el calificativo de *inminente*, al hablar del peligro de muerte de que hubiera de salir el testador, basta que continúe la enfermedad y con ella el peligro, aunque éste no sea inminente, para que no pueda empezar el lapso del término fijado.

En esta inteligencia, que parecía autorizada por el art. 572 del proyecto de Código civil de 1851, fué presentado para la elevación á instrumento público en cierto juzgado un testamento

otorgado con arreglo al art. 700, cuyo otorgante falleció diez meses después del otorgamiento, acompañándose como justificación de dicha solicitud una certificación facultativa en que se hacía constar que en todo ese tiempo había estado el testador en peligro de muerte, aunque no inminente. Impugnada tal pretensión y pedida la declaración de caducidad de tal testamento, se siguió el juicio por todos sus trámites, resolviéndose en definitiva que el testamento citado era ineficaz y no había lugar, por lo tanto, á su elevación á instrumento público.

Esta es también la solución que, á nuestro juicio, merece la duda suscitada por los que dan aquella inteligencia al precepto ndicado. Cierto es que en la redacción del mismo se ha omitido la calificación de inminente, empleada en el art. 700, paro determinar el peligro que faculta ó autoriza para otorgar testamento en la forma excepcional establecida por el mismo; pera esa omisión no obsta á la interpretación que venimos dando, puesto que el enlace y la correlación que existe entre dichos artículos obliga á considerar el que comentamos como una consecuencia ó complemento del 700, y por lo tanto, la disposición del 703, al hablar de peligro de muerte, se refiere y contrae al determinado y mencionado por el 700 como causa ó motivo de la excepción citada.

En su consecuencia, aunque subsista la enfermedad y el peligro probable de muerte, debe contarse el término de los dos meses citados desde que cesó la inminencia á que se refiere el artículo 700, que es lo que constituye la razón legal de la excepción citada.

En efecto, el fin á que responde la facultad concedida para utilizar esta forma de testar es, como tenemos dicho en otra ocasión, el que no mueran intestados los que en tan críticas y perentorias circunstancias se hallaren, por la imposibilidad de cumplirse todas las formalidades establecidas como regla general para el otorgamiento de las últimas voluntades; y en su virtud, desapareciendo dicha razón ó imposibilidad, debe cesar también con ella la facultad citada, que, como excepción de las precau-

ciones y garantías ordinariamente aceptadas, ha de entenderse é interpretarse en sentido restrictivo.

En conformidad con dicho criterio, forzoso es reconocer que el testador, que pudo cumplir las formalidades citadas por haber desaparecido las circunstancias antes indicadas y haberse restablecido la normalidad, y á pesar de ello no lo hizo, demuestra con sus actos que su voluntad fué dejar sin efecto aquella disposición, otorgada acaso irreflexivamente, y así lo presume la ley.

En cuanto al testamento otorgado en tiempo de epidemia, el plazo de los dos meses citados deberá contarse desde que la epidemia cesó, puesto que no concurren respecto de él las mismas circunstancias que en el caso anterior.

Mazzoni, Vitali y algunos otros autores discuten acerca de lo que debe entenderse por *cesación* de la epidemia; peró esta es una cuestión de hecho que el Tribunal ha de apreciar en cada caso y que plenamente queda resuelta por las declaraciones gubernativas de la existencia y de la extinción de aquélla.

El segundo de los requisitos exigidos para la eficacia de esta clase de testamentos presupone la concurrencia del primero y constituye una medida previsora y una exigencia justificada, fundada en la necesidad de no conceder mayor espacio que el estrictamente necesario para dar autenticidad al acto ó al documento, según fuere verbal ó escrito, á fin de evitar cualquiera alteración de la verdad ó cualquier extravío en el segundo caso.

Según declara la sentencia de 23 de Mayo de 1905, el artículo 703 se cumple cuando en tiempo hábil se presenta el testamento á juez competente para su elevación á documento público en acto de jurisdicción voluntaria, aunque después se haga contencioso el expediente.

Comentando el art. 573 del proyecto de 1851, el Sr. García Goyena decía que conviene abreviar dicho plazo, porque la vida del testigo es insegura y su memoria frágil, y á esta consideración añadiremos nosotros que la ley no puede dejar en lo incier-

to las disposiciones del testador en estos casos por los fraudes á que están expuestas y que tan fácilmente pueden cometerse en dicha forma de testar.

Los proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus artículos 573 y 700, respectivamente, establecieron preceptos análogos al artículo que examinamos, y además concuerda éste con el 987 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 780 del de Italia, el 894 del de Veracruz el 3809 y siguientes al 3811 del de Méjico, el 3540, 3541 y 3542 del de la Baja California, y algunos otros, si bien se observan algunas diferencias en cuanto á los plazos fijados para la ineficacia y caducidad de esta clase de testamentos.

ARTÍCULO 704

Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Si bien, en consideración á las perentorias circunstancias á que se refieren los arts. 700 y 701, ha permitido el legislador que en estos casos pueda prescindirse de la intervención de todo funcionario público, y aun de la extensión por escrito de las últimas voluntades, si no fuera posible escribirlas, exige, sin embargo, para la eficacia de estas disposiciones testamentarias, así como para todas las otorgadas sin intervención de notario, un requisito indispensable, mediante el que hayan de adquirir la autenticidad necesaria, que garantice la fiel expresión de la voluntad del testador.

Ese requisito ó ese acto es la elevación á escritura pública y la protocolización del testamento, por virtud de las que dicha disposición testamentaria, confirmada como tal por declaración judicial, adquiere el carácter de instrumento notarial y público, como si hubiese sido otorgado ante notario. Y tan indispensable lo considera el Código, que si no tuviera efecto en el breve término establecido por el mismo, el testamento incurrirá en

caducidad, quedando ineficaz de derecho, aunque hubiere sido válidamente otorgado, como vimos al examinar el artículo anterior.

En el comentario del mismo, expusimos las razones que aconsejan la brevedad de dicho término, y ahora hemos de ocuparnos en la necesidad de este requisito, como el lugar más adecuado para ello.

Otorgadas estas disposiciones, por escrito ó de palabra, sin la intervención de un funcionario notarial que dé fe del acto, carecerían de fuerza alguna si no se comprobase la autenticidad de las mismas, haciéndose constar, con las garantías de seguridad convenientes, la conformidad de su contenido con la voluntad del testador, y expuestas además quedarían á posibles é interesadas suplantaciones y hasta á su ocultación, violándose de este modo fácilmente la voluntad y la intención del otorgante, si la autoridad pública no recogiera en esos actos la prueba de su certeza y las hiciera conservar en los correspondientes registros notariales, por su protocolización, en la misma forma y con iguales precauciones que los demás documentos públicos, para que en todo tiempo sean respetadas y cumplidas las ordenaciones de dichos testamentos. He aquí la razón del artículo que examinamos.

Algunos comentaristas discuten la oportunidad y necesidad de su precepto, estimándole como una innecesaria redundancia de la disposición contenida en el párrafo 2.° del art. 703, por entender que ambas prescripciones entrañan *una misma declaración legal, si bien concebidas en distintos términos y con diversas referencias*, toda vez que el artículo que examinamos no puede contraerse á otros testamentos más que á los autorizados en inminente peligro de muerte y en tiempo de epidemia, pues del ológrafo, del militar y del marítimo, que son los demás que pueden otorgarse sin autorización de notario, y necesitan, por lo tanto, la elevación á escritura pública y la protocolización, se ocupan los artículos 689 al 693, 718 y 727, en los cuales se establece lo procedente para la observancia de análogo requisito.

La cuestión con tal motivo planteada es tan nimia y de tan poca importancia, que aun cuando realmente tuvieran razón, no debiéramos ocuparnos en ella, porque en vez de ser motivo de censura esa repetición, merecería, por el contrario, elogio el interés y la insistencia con que el legislador había procurado poner los medios posibles para evitar adulteraciones y abusos, tan fáciles en esta clase de testamentos. Pero no existe esa redundancia que se dice, pues rectamente entendidos el párrafo 2.º del art. 703 y el que examinamos, desde luego se observa que constituyen preceptos distintos, si bien se complementan y armonizan, estableciéndose en el presente artículo el principio general de la necesidad de la elevación á instrumento público y de la protocolización, y en el anterior el término dentro del cual debe cumplirse dicho trámite para que no incurra en caducidad ó en ineficacia el testamento. Por lo tanto, la prescripción de este artículo debe entenderse en relación con la del 703 antes citado, y dentro del plazo fijado en éste deberá llevarse á efecto la elevación á escritura pública y la protocolización, ordenadas en el que comentamos, para que sean eficaces dichos actos.

No es nuevo en nuestro derecho este precepto. En el Fuero Juzgo (1) y en las Partidas (2), se encuentran disposiciones análogas, y con dicha legislación subsistieron hasta la publicación del Código, reconociéndose igualmente en la antigua y en la nueva ley de Enjuiciamiento civil la necesidad de la elevación á escritura pública y la protocolización de estos testamentos. En los proyectos de Código de 1851 (3) y de 1882 (4), se consignó también el mismo principio, si bien con diferencia en cuanto al plazo dentro del cual debía ser presentado el testamento para la elevación á escritura pública, pues en el primero de ellos se redujo á dos meses y en el segundo se amplió á seis

(1) V. ley 11, tít. 5.º, libro 2.º
(2) V. ley 4.ª, tít. 2.º, Partida 6.ª
(3) V. artículos 573, 597 y 598.
(4) V art, 701.

meses, siguiendo en esto á la legislación francesa y algunos otros Códigos extranjeros. El nuestro, teniendo en cuenta la conveniencia de abreviar dicho término por las razones que expusimos al comentar el artículo anterior, le ha limitado á tres meses, como tenemos dicho.

Demostrada ya la conveniencia y la necesidad de este requisito, réstanos examinar la forma en que debe llevarse á efecto la elevación á escritura pública y la protocolización subsiguiente de los testamentos otorgados sin autorización de notarios, á que hace referencia el presente artículo.

El Código no establece dicha forma, por considerarla como materia propia del derecho procesal; y, en tal concepto, se limita á consignar que la elevación á instrumento público y la protocolización citadas tendrán lugar en la forma prevenida en ley de Enjuiciamiento civil, refiriéndose, sin duda, al tít. 6.º de la primera parte del libro 3.º de dicha ley, en el cual se comprenden las disposiciones vigentes á la publicación del Código acerca del modo de elevar á escritura pública los testamentos ó codicilos hechos de palabra. Pero las prescripciones de ese título han sido modificadas por dicho cuerpo legal, y, por lo tanto, hay que tener presentes las nuevas reglas establecidas por el mismo al hacer aplicación del procedimiento ordenado en el referido título, el cual queda vigente en cuanto á la forma de elevar á instrumento público, no sólo los testamentos verbales ó hechos de palabra, como dice su epígrafe, sino también los testamentos escritos que no hubieren sido autorizados por notario.

Por pertenecer al procedimiento, el Código no dice expresamente quién podrá pedir la práctica de dichas diligencias, pero este silencio se halla suplido con la referencia hecha á la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que, según el art. 1943 de la misma, no puede elevarse á escritura pública el testamento, sino á instancia de parte legítima; entendiéndose por tal, con arreglo al art. 1944 de dicha ley: 1.º, el que tuviere interés en dicho testamento; 2.º, el que hubiere recibido en él cualquier encargo

del testador; y 3.º, el que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se expresan en los números anteriores.

Conforme al art. 1945 de la citada ley, si al otorgarse el testamento se hubieren tomado notas ó apuntes de las disposiciones del testador (y por la misma razón si el testamento se hubiere extendido por escrito), se presentará con la solicitud dicha nota ó apunte (ó el testamento en su caso), se expresarán los nombres de los testigos que deban ser citados (cuando se presente el testamento escrito, deberán ser los que de él resulten), y se manifestará el interés que tenga el que promueva el expediente, á fin de que pueda deducirse si reune ó no la cualidad de parte legítima. Además deberán expresarse en su caso los motivos por los que no se hubiere escrito el testamento, para que el tribunal llamado á conocer de la elevación á escritura pública pueda apreciar si se halla justificada ó no la imposibilidad exigida por el art. 702 del Código para prescindir de aquel requisito.

Los arts. 1946 al 1949 ambos inclusive, y el 1951 al 1955 también inclusive de la ley procesal mencionada, determinan el procedimiento que ha de seguirse en estos casos, debiendo prescindirse de todo lo ordenado en dichos artículos con relación al notario, por carecer en la actualidad de aplicación. Por la misma razón hay que estimar suprimido el art. 1950.

La reforma introducida por el Código en cuanto á la capacidad para ser testigos en testamento, hace que, á más de los extremos indicados en el art. 1951 de la ley de Enjuiciamiento civil, el juez deba procurar que conste si en los testigos concurre ó no alguna de las causas de incapacidad establecidas en los artículos 681 y 682 del Código. Además, debe comprobarse por el dicho de los testigos si son ciertas ó no las causas alegadas en demostración de la imposibilidad que concurriera para extender por escrito el testamento, cuando el que se tratare de elevar á instrumento público fuere meramente verbal.

Damos aquí por reproducido cuanto tenemos dicho acerca del cuidado con que deben proceder los jueces antes de declarar tes-

tamento las disposiciones de última voluntad hechas verbalmente ó por escrito en alguna de las formas indicadas.

Este mismo procedimiento habrá de seguirse para los testamentos especiales, militar y marítimo. En cuanto al ológrafo, habrá de estarse á lo dispuesto en los arts. 689 al 693 del Código, ambos inclusive.

La jurisprudencia tenía declarado que las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, relativas á la elevación á instrumento público de los testamentos hechos sin intervención de notario, no son aplicables á los otorgados en Cataluña ante notario y dos testigos (1), ni á los llamados *sacramentales* (2). La misma doctrina ha establecido el Código al respetar en su art. 12 la integridad del régimen jurídico, escrito ó consuetudinario, vigente á la publicación del misma en las provincias y territorios de derecho foral, y esto nos obliga á examinar aquí por su especial interés, con la separación debida, las disposiciones relativas á esta materia sancionadas por las legislaciones especiales.

CATALUÑA.—Por antigua costumbre, los párrocos de Cataluña autorizaban testamentos y llevaban el correspondiente protocolo sin limitación alguna; pero por una Real provisión de 29 de Noviembre de 1736, se redujo esa facultad al caso de que en el pueblo no hubiere escribano, y se extendió, no sólo á los curas ó rectores, sino también á sus tenientes: siendo esta la legislación vigente á la publicación de la ley del Notariado. El precepto contenido en el párrafo 2.° del art. 1.° de ésta hizo suscitar la duda de si debía retirarse á los párrocos citados la facultad indicada, y se instruyó expediente, en el que, después de oído el Fiscal del Tribunal Supremo, la Dirección general de los Registros y el Consejo de Estado en pleno, se acordó por Real orden de 15 de Diciembre de 1863 que la ley del Notariado no había derogado la Real provisión antes mencionada. Esa Real orden causó ejecutoria, y por consecuencia de ella continuaron los párrocos en Cataluña autorizando testamentos y llevando de ellos el co-

(1) V. sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1866.

(2) V. sentencia de 18 de Marzo y 18 de Junio de 1864.

rrespondiente protocolo, si bien dichos testamentos sólo son válidos, con arreglo á la provisión referida, cuando no haya notario en el lugar del otorgamiento, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Enero de 1887.

En los llamados *sacramentales*, que según el privilegio *Recognoscerunt Proceres,* puede otorgarse por los vecinos de Barcelona ante dos ó más testinos, tienen éstos que prestar juramento sobre el altar de San Félix, hoy de Santa Cruz, en la iglesia de San Justo y Pastor de dicha ciudad, en el término de seis meses, y declarar públicamente lo que vieron escribir ú oyeron decir al testador ser su voluntad, así como su ánimo deliberado de testar en esa forma; y el juez de primera instancia eleva á escritura pública ese testamento, previas dichas solemnidades, empleando el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil.

No necesitan de la intervención judicial, ni de la protocolización en los registros de un notario, los otorgados conforme á la Real previsión antes citada de 29 de Noviembre de 1736 (1), ni existe razón para ello, toda vez que los autorizantes pueden llevar protocolo de los mismos.

Aragón.—Conforme á su derecho foral, puede otorgarse testamento ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, como tenemos ya dicho, á falta de notario; pero es requisito indispensable para su validez la *adveración*, la cual debía hacerse públicamente, á la puerta de la iglesia parroquial, ante la justicia, leyéndose allí el testamento y recibiéndose el juramento al párroco y los testigos sobre la Cruz y los Santos Evangelios, los cuales debían declarar además ser verdad lo contenido en la cédula y que el testador les rogó dieran testimonio de ello. A este acto concurría un notario para levantar acta y elevar á escritura pública el testamento (2).

---

(1) V. Real orden de 15 de Diciembre de 1863 y Resolución de la Dirección general de los Registros de 19 de Abril de 1893.

(2) *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil reformada,* por D. José María Manresa, tomo 6.°, pág. 371.

Publicada la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, se suscitó también la duda sobre la subsistencia de la antigua práctica, siendo contradictoria la doctrina mantenida en este punto por el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros, como puede verse en la sentencia de dicho Tribunal de 20 de Marzo de 1866 y Resolución del Centro indicado de 7 de Abril de 1865.

Para poner fin á estas dudas, se publicó en 4 de Junio de 1867 una Real orden, expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia, que estimando subsistente la adveración foral y considerando que no era incompatible con el procedimiento ordenado en la ley de Enjuiciamiento civil, estableció las reglas que deben observarse en la adveración de esta clase de testamentos. Dichas reglas, ajustadas á las prescripciones de la nueva ley procesal, son las siguientes·

1.ª La adveración de dichos testamentos se practicará con las solemnidades establecidas por los Fueros de Aragón, ante el juez de primera instancia correspondiente. Cuando el acto haya de verificarse fuera de la cabeza de partido, el juez de primera instancia podrá dar comisión al municipal del lugar en que se hubiere otorgado el testamento, para que por delegación, como se hará constar en las diligencias, se practique ante él.

2.ª No podrá llevarse á efecto la adveración sino á instancia de parte legítima, debiendo reputarse tal cualquiera de las personas designadas en el art. 1944 de la ley de Enjuiciamiento vigente en la actualidad.

3.ª Hecha la solicitud, si el juez lo estima procedente, acordará que se constituya el juzgado en la puerta de la iglesia parroquial para llevar á efecto la adveración en el día y hora que señale, mandando citar previa y oportunamente al párroco y testigos para que concurran con la cédula testamentaria, si no hubiere sido presentada.

4.ª El acto de adveración se verificará con las solemnidades prevenidas por los fueros y en la forma hasta ahora acostumbrada, dando fe el actuario del conocimiento del párraco y testigos del testamento y de la calidad de aquél. Si no los conociere, se

practicará lo que para este caso disponen los arts. 1949 y 1950 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, y se hará constar lo que previene el art. 1951 de la misma.

5.ª Resultando del acto de adveración, por las declaraciones del párraco y testigos del testamento, las circunstancias expresadas en el art. 1953 de la ley actual, el juez hará la declaración prevenida en el mismo artículo, mandando protocolizar el testamento conforme á lo dispuesto en el art. 1955; y

6.ª Los Registradores de la propiedad admitirán á inscripción los testamentos hechos hasta ahora, así los adverados con arreglo al Fuero aragonés y según la práctica antigua, como los elevados á escritura pública sin esa solemnidad foral, conforme á la ley de Enjuiciamiento civil, siempre que concurran los demás requisitos prevenidos; entendiéndose todo sin perjuicio de las cuestiones que ante los Tribunales competentes puedan promover los interesados sobre la validez ó nulidad de tales testamentos.

Estas mismas reglas habrán de observarse aun después de la publicación del Código, puesto que con ellas se armonizan el derecho foral y el procedimiento establecido por la ley de Enjuiciamiento civil que rige en todo el reino.

A pesar de estar autorizados los párrocos por esta legislación para otorgar los testamentos citados, no lo están para llevar protocolo de ellos.

NAVARRA.—Según su legislación especial, también puede otorgarse testamento ante el párraco ú otro cualquier clérigo y dos testigos ó sólo ante tres testigos, conforme tenemos ya dicho, pero esos testamentos requieren para su validez, el *abonimiento* ó *abonamiento,* cuyo acto debe tener lugar dentro del año siguiente á la muerte del testador, con arreglo á la ley 9.ª, título 13, libro 3.º, de la Novísima Recopilación de Navarra. Dicho acto ha de llevarse á efecto ante el juez de primera instancia, el cual recibirá declaración al párroco ó clérigo y testigos que hubieren intervenido, y oirá además á los presuntos herederos abintestato antes de decidir sobre la elevación á escritura públi-

ca. Si dichos presuntos herederos se opusieren, se seguirá el oportuno juicio, y si la sentencia fuere favorable, se mandará elevar á escritura pública el testamento.

Tampoco están facultados los párrocos para llevar protocolo de los testamentos que autoricen.

VIZCAYA.—En el territorio de Vizcaya puede otorgarse testamento, como tenemos ya dicho, ante dos hombres y una mujer de buena fama, cuando viviere en la montaña ó en despoblado el testador; pero para su validez y eficacia requieren, según el Fuero, que en el término de sesenta días se ratifiquen el testador y los testigos ante la presencia judicial y sea elevado á instrumento público el testamento en la forma establecida en la ey de Enjuiciamiento civil. Dicho término debe empezar á contarse desde la muerte del testador, si el heredero y los testigos residieren en el territorio; pero si estuvieren ausentes, puede obtenerse prórroga probando dicha circunstancia, y además, que los testigos se hallaban en el territorio cuando se otorgó el testamento.

MALLORCA.—Con arreglo á esta legislación, pueden también los párrocos y los rectores autorizar testamentos á falta de notario; pero lo mismo que sucede en Aragón y en Navarra, no pueden los mismos llevar protocolo alguno de los testamentos que autoricen, por lo que requieren éstos la elevación á escritura pública por el procedimiento establecido en la ley de Enjuiciamiento civil.

Ye hemos indicado antes los precedentes que en nuestro antiguo derecho tiene el precepto indicado, el cual se halla conforme, en cuanto á la esencia de su disposición, con lo que establece la generalidad de los Códigos extranjeros, pudiendo citarse como concordantes con el mismo, el art. 987 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 790 del de Italia, los artículos 787 y 793 del de Guatemala, y los 3689 y 3690 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 705

Declarado nulo un testamento abierto, por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

La responsabilidad impuesta por este artículo á los notarios por las causas que el mismo expresa, no es precepto completamente nuevo en nuestro derecho antiguo, pues ya el Reglamento del Notariado, de 9 de Noviembre de 1874, les sometía á correcciones disciplinarias, exigibles por sus Juntas directivas, y la instrucción para la redacción de los instrumentos públicos sujetos á registro facultaba en su art. 9.°, en relación con el 22 de la ley Hipotecaria, para exigir indemnización de daños y perjuicios al notario autorizante de dichos documentos, cuando por inexactitud ú omisión, proveniente de dolo ó culpa del mismo, no pudieran ser inscritos los actos ó contratos que hubieren autorizado.

La Comisión redactora del Código, al regular la materia relativa al otorgamiento de las últimas voluntades, inspirándose en el mismo criterio, procuró también obtener la mayor formalidad y exactitud de dichos actos, imponiendo al notario autorizante la responsabilidad consiguiente, si por la inobservancia de las prescripciones establecidas para cada caso resultare nulo el testamento, toda vez que, con arreglo al art. 687, dicha inobservancia había de llevar como aparejada consecuencia la nulidad del acto. Y no satisfaciendo á este objeto la prescripción de la ley Hipotecaria ni la de la Instrucción, por referirse sólo á los casos de omisión ó inexactitud, se amplió dicha disposición en los términos que aparecen del artículo que comentamos.

Ya el proyecto de Código de 1882, en su art. 702, declaró

nulo el testamento en que no se hubiesen observado las prescripciones legales establecidas para cada caso; y si hubiere intervenido notario público, le hacía responsable en todo caso y sin limitación alguna de los daños y perjuicios causados con tal motivo. Igual criterio mantuvo el artículo que examinamos en la primitiva redacción del Código, pues con igual amplitud hacía responsable al notario autorizante de todos los daños y perjuicios que sobrevinieran sin distinguir si dependía ó no de él la causa de no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso.

Este criterio pareció depresivo para la dignidad notarial, y además injusto en determinados casos, por lo que fué objeto de impugnación al discutirse en las Cortes el Código, y al llevarse á efecto la revisión ordenada por la ley de 26 de Mayo de 1889 se modificó el primitivo precepto, en vista de las observaciones hechas, y se suavizó el sentido del mismo, regulándose en los términos más convenientes la responsabilidad indicada, é imponiéndola tan sólo cuando la falta que hubiere motivado la declaración de nulidad de testamento procediere de malicia del notario autorizante, ó de su negligencia ó ignorancia inexcusables.

Esto no obstante, algunas legislaciones han procedido aún con mayor rigor que el primitivo texto del Código, como sucede en el de Portugal, cuyo art. 1919 impone, á más de la responsabilidad citada, la pérdida del oficio, incapacitando así al notario para el ulterior ejercicio de su cargo.

Comentando Ferreira la disposición del art. 1919 citado, justifica el rigor con que procediera en este punto el Código portugués, diciendo que el notario, por su carácter de oficial público, tiene más rigurosa obligación de conocer las disposiciones legales que cualquier otro: de lo que se deduce que su responsabilidad por la inobservancia de las mismas debe ser mayor; y con tanto más motivo debe estimarse así, cuanto que, según dice, las faltas de las formalidades testamentarias provienen por lo regular de culpa de los notarios.

Sin llegar nosotros á afirmaciones tan extremas, no podemos

menos de convenir, con el notable comentarista portugués, en la justicia de este precepto, especialmente dados los términos establecidos en nuestro Código; pues como ha dicho un comentador del mismo (1), al notario público deben guardársele muchas consideraciones, dársele mucha libertad para que gire dentro de su órbita con arreglo á las leyes; pero el día que falte á éstas debe exigírsele, como á todo funcionario, grandes responsabilidades; y á sancionar estos principios viene el artículo que comentamos.

Tan justa y lógica es la prescripción de este artículo, que no requiere comentario alguno; pues si la nulidad del testamento procede de malicia ó negligencia ó ignorancia inexcusables del notario, éste debe ser el verdadero y único responsable, porque á él es debida la declaración de nulidad, y por consecuencia de ella, los daños y perjuicios que puedan originarse. Esto es consecuencia del carácter que se ha dado en el Código á la intervención del notario en la confección y otorgamiento del testamento abierto, pues según tenemos dicho, su misión no se reduce á escribir lo que el testador dijera ó á copiar las manifestaciones de su voluntad hechas por escrito, sino á dar forma jurídica á las ordenaciones de dicha voluntad, ajustándolas á los preceptos de la ley y haciendo que sean cumplidas las solemnidades exigidas por la misma para su validez y eficacia.

A pesar de la claridad de este artículo, se han suscitado algunas dudas acerca de su inteligencia. Comentarista hay que, sin tener en cuenta la significación jurídica de los términos empleados, ni la construcción gramatical de la frase empleada para determinar las causas de la responsabilidad impuesta en el mismo á los notarios, entiende que el calificativo *inexcusable* se refiere, no sólo á la ignorancia y negligencia, sino también á la malicia. Pero desde luego se comprende el error en que se incurre en tal supuesto, porque la malicia, jurídicamente conside-

---

(1) *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente*, por D. León Bonel y Sánchez, tomo 3.º pág. 256.

rada, implica siempre intención por parte del que la lleva á cabo, y arguye en todo caso un propósito criminal, ó cuando menos no inocente; y por lo tanto, nunca ni en ninguna ocasión puede considerársela excusable. Dicho calificativo sólo puede referirse á la negligencia y á la ignorancia, que son las únicas de las causas citadas que pueden admitir excusa, según las circunstancias.

Al hablar de ignorancia inexcusable, indudablemente se refiere el Código á la de hecho, pues la de derecho no excusa á nadie, según el art. 2.º, y menos podía serlo para el notario, cuyo cargo le impone la obligación de conocer las leyes.

Algunos sostienen que aun cuando el artículo que examinamos habla sólo de malicia, negligencia é ignorancia inexcusables, debe ser extensivo también su precepto á los casos en que mediare culpa, según la entiende el 1902, pues de lo contrario, dicen que en vez de ampliarse la responsabilidad de los notarios con relación á las demás personas, como parece ser el ánimo del legislador, resultaría restringida dicha responsabilidad y sería aún menor que la de cualquier ciudadano, en quien no hubiere hecho la ley el sagrado depósito que en aquellos funcionarios confía, confiriéndoles la fe pública y con ella el cumplimiento de ineludibles deberes en el desempeño de su ministerio. Pero en vista de la definición de la culpa, consignada en el art. 1104, comprendida se halla en la negligencia inexcusable de que habla el 705, y por lo tanto, no adolece éste del defecto ni de la contradicción que se supone.

Algún comentarista, en su prurito de censura, estima también deficiente el precepto de este artículo, por no expresarse en él quién ó quiénes pueden exigir la responsabilidad impuesta en el mismo. Cierto es que en el artículo no se expresa tal extremo, pero no por olvido ni deficiencia, sino porque no es precisa dicha expresión. Se trata, en efecto, de una reclamación de daños y perjuicios, y siendo la concedida una acción meramente personal, que corresponde al damnificado ó perjudicado contra el causante del daño ó perjuicio, desde luego se compren-

de que la indemnización á que el artículo se refiere, sólo puede ser pedida por parte legítima, entendiéndose por tal, todo aquel que hubiere sido perjudicado por la declaración de nulidad del testamento, es decir, todos los interesados en la validez y subsistencia del mismo; y en su virtud, tanto el heredero como el legatario que, por consecuencia de la declaración de nulidad motivada por los actos del notario, hubiere perdido lo que en el testamento se le dejara, podrá reclamar de dicho funcionario la indemnización correspondiente, siempre que la falta proceda de malicia por su parte, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables del mismo.

Claro es que el notario debe ser parte en el pleito en que se exija la responsabilidad á que este artículo se refiere, pues sólo después de oirle cabe condenarle. Por esto la sentencia de 14 de Julio de 1899, dice que, aun citado el notario en un pleito sobre nulidad de testamento, no habiendo sido parte en él, no cabe hacer efectiva la responsabilidad.

El artículo que comentamos concuerda también con el 1919 ya citado del Código de Portugal, el 3774 del de Méjico, el 3505 del de la Baja California, el 896 del de Veracruz y algunos otros.

SECCIÓN SEXTA

DEL TESTAMENTO CERRADO

Después del testamento ológrafo y del abierto, en sus distintas modalidades, ocúpase el Código del testamento cerrado, que según vimos por la definición consignada en el art. 680, es aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Al tratar de dicho artículo indicamos que, aceptadas por las leyes de Partida las formalidades prescritas por la legislación romana para los testamentos, tanto en la forma pública como en la secreta, exigió en uno y otro caso la concurrencia de siete testigos y la intervención de notario, cuyas formalidades subsis-

tieron para los testamentos cerrados aun después de la importante reforma introducida en el Ordenamiento de Alcalá, según declaró la ley 3.ª de Toro, y en razón á esta distinción de solemnidades, todos los autores han continuado clasificando los testamentos en nuncupativos ó abiertos, y escritos ó cerrados; división que ha sido mantenida por el Código, que consagra la sección presente al desarrollo de la institución del testamento cerrado.

Conocidas son de todos las causas que determinaron en lo antiguo la adopción de esta forma de testar, llamada también *in scriptis*, en la que lo esencial era que permaneciese oculta ó desconocida la institución de heredero hecha. Hoy, que dicha institución no es necesaria para la validez del testamento, diferénciase el abierto del cerrado en que en el primero ha de manifestar el testador al notario y á los testigos todo el contenido de su voluntad, nombre ó no heredero en ella, mientras que en el segundo han de permanecer ocultas ó ignoradas las ordenaciones de dicha voluntad para todos los que intervienen en su autorización.

Inspirándose la ley de bases en el criterio histórico mandado guardar por la misma, y teniendo en cuenta los acuerdos adoptados en 1882, ordenó, en la décimaquinta de las que comprende, que se mantuviese en su esencia la legislación hasta entonces vigente en cuanto á las diversas clases de los testamentos, y por consecuencia de dicho precepto siguió respetándose el cerrado en sus antiguas solemnidades; si bien, con el fin de asegurar el cumplimiento de la última voluntad de los testadores, se han estrechado algún tanto las condiciones necesarias para determinar la validez y la nulidad de esta clase de testamentos, como veremos en el examen detallado que hemos de hacer de cada uno de los 10 artículos de que consta esta sección.

ARTÍCULO 706

El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, ó por otra persona á su ruego, en papel común,

con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe.

Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones.

Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento.

Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

Este artículo está consagrado principalmente á disipar una duda, sobre la que habían discutido ampliamente los comentaristas de nuestro antiguo derecho.

Fundándose en las palabras «y si los testigos no *supieren* ó el testador no *pudiere* firmar», usadas en la ley 3.ª de Toro, muchos sostenían que el que no sabía escribir no podía otorgar testamento cerrado; otros, por el contrario, opinaban en favor de esa potestad, y resolviendo el Tribunal Supremo las dudas que la inteligencia de dicha ley suscitara, declaró (1) no haber razón alguna que impidiera otorgar testamento cerrado al que no supiera firmar. El Código ha aceptado esta misma doctrina, y según se establece en el artículo que examinamos, dicha clase de testamento puede ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego, y será válido en cualquiera de dichas formas siempre que se cumplan las demás prescripciones del artículo.

Según él, pueden ocurrir tres casos distintos, á saber: 1.º, que el testador sepa escribir y escriba el testamento; 2.º, que sepa escribir, pero que no lo escriba, haciéndolo otro á su ruego; y 3.º, que no sepa ó no pueda escribir ó firmar. En cada uno de dichos casos habrán de observarse respectivamente las reglas establecidas para los mismos en los párrafos 2.º, 3.º y 4.º

Aunque el Código sólo habla de salvar las enmiendas, refi-

(1) V. sentencia de 6 de Abril de 1877.

riéndose al caso de que el testador escriba por sí mismo el testamento, desde luego se comprende que dicho precepto se extiende lo mismo á los otros dos casos que hemos indicado pueden ocurrir.

Respecto á si pueden ó no enmendarse, tacharse y entrerrenglonarse algunas palabras por otra persona distinta del testador cuando se hubiere padecido alguna equivocación, y salvarse al final dichas modificaciones, nos remitimos á lo dicho al tratar del testamento ológrafo.

Al facultar al que no sabe escribir para otorgar esta clase de testamentos, se restablece el precepto de la ley 2.ª, tít. 1.º, Partida 6.ª, que por la generalidad de los tratadistas se supone derogada por la 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, ó sea por la 3.ª de Toro, según antes hemos indicado; pero se aparta de aquella legislación cuando permite que, sabiendo hacerlo el otorgante, se valga de otra persona para escribir su testamento.

El artículo que examinamos no exige que haya de concurrir circunstancia alguna determinada en la persona de quien se valga el testador para ello; de este modo se ha procurado facilitar la testamentifacción activa, dejando la elección al testador, el cual podrá libremente valerse de aquella que más confianza le inspire.

Se ha impugnado este artículo, suponiendo que en él ha incurrido en notoria inconsecuencia el Código, toda vez que en el art. 670 se establece que el testamento es un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse en todo ni en parte á un tercero, y en el artículo que examinamos se admite la intervención de una persona distinta del testador en el acto de la confección del mismo; pero los que tal opinión sostienen, no tienen en cuenta el objeto del concurso de esa tercera persona en uno y otro caso. Lo que el art. 670 prohibe es que se deje la formación del testamento al arbitrio de un tercero, y en el caso del artículo que examinamos, esa persona extraña no dispone nada por sí y no hace otra cosa más que escribir aquello que el testador le

dicte y firmar por él si no supiere ó no pudiere hacerlo, y, por lo tanto, no existe la contradicción ni la inconsecuencia que se ha creído encontrar en este precepto.

Dícese también que esa facultad concedida por la ley constituye un peligro, ó cuando menos una imprudencia, porque la persona encargada de escribir el testamento por el que no sabe hacerlo, puede faltar á la confianza en él depositada, consignando ordenaciones de la voluntad, distintas de las expuestas por el testador, y que deben mirarse con gran recelo, por las cuestiones y falsedades á que pudieran dar lugar, los que en dichas circunstancias se otorgaren, no pudiendo la ley, en buenos principios, descansar en términos tan inseguros como los que han de ofrecerse ante el otorgamiento de esos testamentos cerrados. Pero los que tal dicen olvidan, sin duda, que, según resulta del art. 708, no pueden hacer testamentos de esta clase los que no sepan ó no puedan leer, y siendo, por consiguiente, una condición precisa para ello el saber y poder leer, fácil es por la lectura comprobar si existe ó no inexactitud. Esto aparte de que, tratándose de un acto tan interesante, desde luego se comprende que el testador ha de conferir dicho encargo á la persona que mayor confianza le inspire, y no es de suponer, por lo tanto, la infidelidad, ni puede tomarse la sospecha como norma general para la crítica de las disposiciones legales.

Pudiendo el testador enterarse por la lectura del testamento de los términos del mismo, al presentarse ante el notario y los testigos que han de autorizar el acta de su otorgamiento, manifestando que el documento cerrado que presenta contiene su última voluntad, se tiene la garantía valiosa de la conformidad, que implica su aceptación. El Código parte de la presunción de la lectura, que es lo que más conforme se halla en el orden natural de las cosas; si, por el contrario, el testador prescindió de ella, y por no haberle leído se da lugar á que prospere una falsedad, la culpa será suya y no de la ley, que ha adoptado todas las precauciones para evitarlo, limitando la capacidad para testar en esta forma á los que supieran y pudieran leer.

Todas las prescripciones de este artículo tienden á dar garantías de autenticidad á esa clase de testamentos, observándose, como dice su autor, cierta *proporcionalidad* entre dichas garantías y las formas en que hubiere sido escrito el testamento, pues á medida que menos intervención tiene el testador en la confección del mismo, mayores formalidades exige.

En el derecho histórico, el criterio de las Partidas, amplio en extremo, no procuraba garantía alguna intrínseca, fiándolo todo, en cuanto á la autenticidad, á las solemnidades externas; en la legislación recopilada (1) se prescindía de toda otra formalidad, por adoptar una garantía *insuficiente,* cual es la de que el testador pudiera firmar, pues no es extraordinario el caso de hallar personas que pueden firmar, por haber aprendido á poner su nombre, y no saben, sin embargo, leer ni escribir; encontrándose, según dicha legislación, con capacidad para otorgar testamento cerrado, á pesar de carecer de medios para comprobar por sí la exactitud del que se hubiere extendido á su ruego. Y separándose de ambos sistemas, el artículo que comentamos dispone las garantías, siguiendo un criterio distinto más racional y eficaz.

Tiene sus precedentes este artículo en las citadas leyes 1.ª y 2.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, y 2.º, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación; los proyectos de Código de 1851 y 1882, en sus arts. 569 y 704, respectivamente, establecieron preceptos análogos, y concuerda, además, el que examinamos con el artículo 976 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 784 y 785 de de Italia, el 987 del de Holanda, el 970, el 1923 y el 1924 del de Portugal, el 1022 y 1023 del de Chile, el 762 y 764 del de Uruguay, el 779 del de Guatemala, el 3775 al 3777 y 3784 del de Méjico, el 3506 y siguientes al 3515 del de la Baja California, el 886 del de Veracruz, el 1577 y 1578 del de la Luisiana, el 3665 y siguientes al 3668 del de la República Argentina, y el 902 y 903 del de Nápoles.

---

(1) Ley 3.ª de Toro, recopilada en la 2.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima.

ARTICULO 707

En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

1.ª El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2.ª El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, han de poder firmar.

3.ª En presencia del Notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

4.ª Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de sus otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los arts. 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

5.ª Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél.

6.ª También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Comprende este artículo las reglas que determinan la forma en que ha de llevarse á efecto el otorgamiento de los testamentos cerrados, ó sean las solemnidades que deben observarse en dicho acto. Es tan preciso y terminante su precepto, que la inobservancia del mismo produciría necesariamente la nulidad del testamento, no sólo con arreglo al art. 687, sino además por prescripción expresa del 715, que como más adelante veremos, declara nulo todo testamento cerrado en que no se hubiesen cumplido las formalidades establecidas en esta sección.

Sin embargo, para evitar torcidas inteligencias por lo absoluto de esta afirmación, debemos anticipar desde luego, que el testamento cerrado que fuere nulo por este motivo, puede, sin embargo, ser eficaz como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de esta clase de testamentos.

Volviendo al estudio de las reglas consignadas en el presente artículo, su mera lectura basta para comprender la reforma introducida en este punto.

El derecho histórico sólo exigía la presencia de siete testigos y la intervención de escribano, todos los cuales, así como el testador, habían de firmar encima de la escritura de dicho testamento si supieren y pudieren firmar, y si los testigos no *sabían* y el testador no *podía* hacerlo, habían de firmar los unos por los otros, de manera que fuesen ocho las firmas y á más el signo del escribano.

En las indicaciones con que comenzamos el examen del artículo anterior, expusimos las dudas que había suscitado la inteligencia de dicha legislación, y á más de dar solución á ellas el referido artículo, el Código ha procurado en el presente rodear de mayores precauciones el testamento cerrado, con nuevas garantías de autenticidad, imponiendo además determinadas condiciones para su validez, como medio de asegurar en su día el exacto cumplimiento de la voluntad del testador.

Apreciadas en su recto sentido las diversas solemnidades exigidas en este artículo, se ve desde luego que todas ellas res-

ponden al objeto de obtener con la mayor seguridad posible la verdad del testamento.

En efecto; la primera de ellas tiende á dificultar la sustitución de un testamento por otro, y á sostener la autenticidad de la última voluntad, pues envuelta por el mismo testador, con la cubierta que la regla expresa, su disposición testamentaria, no hay temor alguno de que pueda ser adulterada por ninguna tercera persona ni que á ella se llegue, porque para ello sería preciso romper dicha cubierta, y este acto podría implicar hasta su revocación, con arreglo al art. 742, á no probarse su autenticidad, y que el desperfecto había ocurrido sin voluntad ni conocimiento del testador.

Al mismo fin obedece la segunda de las solemnidades indicadas. Algunos comentaristas han creído que acaso hubiera sido mejor que siguiendo el Código el ejemplo ofrecido por la legislación portuguesa, hubiese exigido que en todo caso se presentase abierto el pliego en que se hubiere escrito el testamento, para que, después de testimoniado, se cerrase por el notario á presencia del testador y de los testigos; pero este precepto sería contrario á la razón en que se funda el testamento cerrado, toda vez que se habrían conocido cuando menos por el notario las disposiciones del testador, contra la intención de éste, que al acudir á esa forma de testar, en vez del testamento abierto, claramente demuestra su deseo de que permanezcan ocultas para todos las ordenaciones de su última voluntad. Cierto es que por este medio, protocolándose después en registro reservado los testimonios correspondientes, podrían evitarse ocultaciones, asegurándose la efectividad de tales testamentos; pero este mismo resultado puede obtenerse sin romper el secreto de los mismos, depositando tales testamentos en poder de los notarios.

En cuanto á la idoneidad de los testigos, véase lo que hemos dicho acerca de ella respecto de los que intervienen en el testamento abierto. Excusado es también decir que el notario ha de ser hábil.

La tercera de dichas solemnidades es la más esencial é im-

portante, y por ella se ha tratado de evitar suplantaciones, pues cotejando las manifestaciones hechas por el testador en dicho acto, con el contenido del testamento después de su apertura, fácilmente puede comprobarse si el testamento abierto es el mismo á que se refirió el testador ú otro distinto, y necesariamente ha de reputarse falso el que no concuerde con dichas manifestaciones, pues siendo voluntaria la testamentifacción activa y no viniendo obligado á testar el otorgante, no puede suponerse que intencionalmente hiciere tales manifestaciones, en desacuerdo con el testamento, para quitar fuerza á éste y eludir así tal obligación.

La cuarta solemnidad se halla de acuerdo con lo que establecía nuestro antiguo derecho para dar autenticidad al testamento cerrado, habiéndose adicionado con los requisitos exigidos para todos los testamentos en los arts. 685 y 686, á cuyo comentario nos remitimos. Además, á semejanza de lo ordenado en la última parte del art. 699 para el testamento abierto, se previene en dicha regla que el notario dé fe de haberse observado las solemnidades prevenidas, siendo la razón de este precepto la misma que expusimos al comentar dicho artículo.

En la primitiva redacción del Código, siguiendo el criterio adoptado en la misma, de que el notario diera fe de la capacidad del otorgante, se ordenaba también en este artículo igual obligación; pero rectificado aquel precepto en la revisión llevada á cabo por consecuencia de las observaciones hechas, se modificó también esta regla en los mismos términos, limitándose el deber impuesto al notario á dar fe de que á su juicio se halla el testador con la capacidad legal necesaria.

La disposición 5.ª del presente artículo es una consecuencia natural de las prescripciones anteriores, y resulta tan justificada y de tan buen sentido que, aun cuando no se previniese en precepto alguno, habría de ser cumplida en tal concepto. Además se conforma con lo establecido en la legislación notarial para el otorgamiento de todos los instrumentos públicos.

Algunos comentadores han creído encontrar contradicción

entre lo dispuesto en esta regla para el testamento cerrado y lo prescrito en el párrafo 2.º del 695 para el abierto, estimando *caprichosa é hija del descuido* esa distinción que suponen, en la creencia de que el legislador no exige en los testamentos cerrados más firmas que las de los que sepan y puedan firmar. Pero la censura hecha queda destruída por completo con la lectura del párrafo 2.º de la disposición citada, en la que terminantemente se previene que si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales *ú otra persona designada por él,* con lo cual cae por su base el supuesto en que se funda dicha impugnación.

Finalmente: la expresión ordenada en la disposición 6.ª, responde al mismo fin que la prevenida en el art. 695 para el testamento abierto; es decir, que se requiere la designación del lugar para saber si el testamento ha de regirse por las disposiciones del derecho común ó por las de la legislación foral, y además para saber si se otorga en España ó en el extranjero, y por lo tanto, si son precisos los requisitos especiales á estos últimos, y para deducir si los testigos tienen ó no la cualidad de vecinos ó domiciliados; y la expresión del año, mes, día y hora para comprobar si el testador tenía á la sazón la capacidad necesaria por razón de la edad, y si hubiere sido ó no derogado por algún otro testamento que apareciere de la misma fecha. Véase, como ampliación de lo dicho, lo expuesto al comentar el citado art. 695.

Esta es la norma ordinaria para otorgar los testamentos cerrados; pero así como en el abierto se adicionan ó cambian algunos de los requisitos generales en atención á las circunstancias especiales que concurren en la persona del otorgante, también en el cerrado se exigen requisitos especiales si el testador fuere sordomudo ó no pudiere hablar, pero sí escribir. Estos requisitos especiales se determinan en el art. 709, y por lo tanto, para su comentario dejamos el estudio de los mismos y las consideraciones que su examen sugiere.

Los proyectos de Código de 1851 y de 1852 establecieron pre-

ceptos análogos, especialmente el segundo de ellos, y concuerda además el artículo que comentamos con el 976 y 977 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 783 y 784 del de Italia, el 1021 y 1023 del de Chile, el 1921 y 1922 del de Portugal, el 761 al 764 del de Uruguay, 771 al 778 del de Guatemala, el 987 del de Holanda, el 1577 y 1578 del de la Luisiana, el 902 del de Nápoles, el 3666 del de la República Argentina, el 3778 al 3783 del de Méjico, el 3509 al 3514 del de la Baja California y el 886 del de Veracruz.

ARTÍCULO 708

No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Del precepto de este artículo, en cuanto se refiere á los ciegos, nos hemos ocupado ya al comentar el 698. Entonces dijimos que tanto la legislación romana como la de Partidas, únicamente autorizaban al ciego para otorgar testamento nuncupativo ó abierto con las solemnidades especiales que las mismas exigían y que el Código ha modificado en su citado art. 698. La falta de concurrencia de personas que puedan comprobar la exactitud de la lectura hecha por la persona encargada de escribir el testamento cerrado para que el testador se entere de su contenido, impiden autorizar esta forma de testar para los que carecen de vista, pues de lo contrario, expuestos quedarían éstos á las infidelidades de aquellos en quienes hubieran puesto su confianza para un acto tan delicado como es la extensión por escrito de un testamento de esta clase, el cual no puede ser sometido á comprobación de ningún género, por no romper el secreto, que constituye su esencia.

En el mismo caso que el ciego, se halla el que no sabe ó no puede leer el testamento, toda vez que para dicho efecto de nada ha de servirle el sentido de la vista si por tal motivo no pudiera enterarse del contenido del testamento.

Al ocuparnos del art. 706 expusimos que, poniendo término

el Código á las dudas suscitadas en nuestro antiguo derecho acerca de la inteligencia de la ley 3.ª de Toro, ó sea la 2.ª del título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, había resuelto que pudiera otorgar testamento el que no supiera escribir; pero en este artículo distingue entre los que absolutamente no saben leer ni escribir, y los que sólo saben leer, pero no escribir. A estos últimos es á los que permite utilizar esta forma de testar; pero á los primeros, ó sea á los que no saben ni pueden leer, los equipara para este efecto á los ciegos, prohibiéndoles dicha facultad.

La justicia de este precepto es evidente, pues lo esencial en el testamento cerrado es que el testador pueda leerlo y convencerse de la exactitud de su contenido. En efecto, si dicho testamento es secreto para todos menos para el testador, ó el que le escribe á ruego de éste en su caso, y por tal motivo no puede darse lectura pública, la razón natural dicta que el testador cuando menos pueda leerlo, porque de lo contrario no podría comprobar si lo consignado en el mismo es la fiel expresión de su voluntad. No basta que él mismo le haya escrito, pues ha podido padecer equivocación al extender por escrito lo que su voluntad le dictara. Y si aun en este caso es necesaria la lectura, con mucho más motivo ha de serlo cuando no es el testador quien le escribe, puesto que en ese caso no tiene otro medio de comprobar la exactitud del testamento. Por lo tanto, el que no sabe ó no puede leer el testamento cerrado, incapacitado está para otorgarle. Lo contrario sería un absurdo inconcebible, pues la ley no puede autorizar lo que la naturaleza rechaza.

Así lo han entendido también casi todas las legislaciones extranjeras, y precepto expreso en dicho sentido encontramos en las de Italia, Portugal, Guatemala, Méjico y algunas otras naciones, las cuales, terminantemente, establecen la incapacidad indicada.

Esto no obstante, algunos expositores del derecho nuevo entienden que puede llegar á ofrecerse algún caso en que el ciego pueda estar en condiciones de otorgar testamento cerrado, y

citan como ejemplo de ello los supuestos siguientes: 1.°, cuando hubiere perdido la vista después de recibir una educación esmerada, y estando dotado de una ilustración notoria, escriba con facilidad y lea con los ojos de la inteligencia aquello que su mano materialmente trasladara al papel; y 2.°, cuando el ciego, aun siéndolo de nacimiento, hubiere adquirido una educación tan completa, que le permita escribir ó comunicarse por escrito, utilizando los caracteres empleados para los mismos.

En estos casos, dicen, pudiendo el ciego transmitir por modo gráfico y secreto la expresión de su voluntad, se encuentra en las mismas circunstancias que el que no adolezca de dicho defecto, é igual consideración deben merecer al legislador, con tanto más motivo, cuanto que sería fácil comprobar la autenticidad del documento por la identidad de la letra del ciego, y si del cotejo que se hiciere con letra indubitada del mismo resultara que los caracteres de ella eran idénticos á los del testamento escrito, no habría dificultad en reconocerle como auténtico, y en tal concepto habría de otorgársele validez y eficacia.

Posible es que en la práctica ocurra alguna vez lo que dichos expositores citan como ejemplo; pero las leyes no pueden fundar sus preceptos en los casos especiales, sino en lo que aconseja el orden racional de las cosas, y constituye, por lo tanto, la regla general, apreciable por el legislador. Además, en uno y otro caso, para adquirir el testador el convencimiento de que el contenido del testamento se ajusta á los dictados de su voluntad y de que no se ha padecido equivocación, tan fácil en esas circunstancias, necesitaría que otra persona, versada en los caracteres ó signos utilizados, diere lectura del mismo, y entonces perdería su cualidad de secreto y la reserva, que constituye su esencia. Véase, como ampliación de lo dicho, lo expuesto en el comentario del art. 698.

Desde luego se comprende, que al limitar el artículo que examinamos á los ciegos y á los que no saben ó no pueden leer la incapacidad para otorgar testamento cerrado, no quiere decir que todas las demás personas puedan hacerlo. Por el contrario,

dicho artículo ha de ser entendido en relación con los que establecen la capacidad para otorgar testamento abierto, y, por lo tanto, los menores de catorce años y los que no se hallaren en su cabal juicio no podrán tampoco testar en esta forma. Además, cuando, según el art. 715, el testamento cerrado fuere nulo por no haberse observado las solemnidades establecidas en la sección presente, y pueda surtir efecto como testamento ológrafo, con arreglo á lo prescrito en la última parte del mismo, será necesario que el testador tenga veintitrés años, cuando menos, por ser este requisito preciso para esa clase de testamentos, según el art. 688.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 706, estableció análogo precepto, y concuerda además el que examinamos con el art. 978 del de los Códigos de Francia y Bélgica, el 785 del de Italia, el 1022 del de Chile, el 1923 del de Portugal, el 765 del de Uruguay, el 779 del de Guatemala, el 3784 del de Méjico, el 3515 del de la Baja California, el 3665 del de la República Argentina y otros muchos, pues como hemos dicho antes, casi todas las legislaciones están conformes con el principio que en dicho artículo se consigna.

ARTÍCULO 709

Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.º El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número ante-

rior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.

Al comentar el art. 697 nos ocupamos ya de la materia objeto del presente, en el cual se establecen las reglas especiales que deben ser observadas en los testamentos hechos por los sordomudos y por los que no pueden hablar, pero sí escribir.

Como en dicha ocasión expusimos, la ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª prohibía la testamentifacción activa al mudo y sordo de nacimiento; permitiéndola, aunque con la obligación de escribir por su propia mano el testamento, al que lo fuere por ocasión ó enfermedad, añadiendo dicha ley que si el sordo ó mudo fuese *letrado* y no pudiese escribir, sólo podía testar otorgándole el Rey que lo escribiese otro. Es decir, que respecto del que no sabía escribir, aquella legislación distinguía en cuanto á las condiciones ó circunstancias del testador, permitiendo la testamentifacción activa á los que tuvieren instrucción, mediante una autorización ó permiso, que con el tiempo fué suprimido en la práctica, y prohibiéndola á los que carecieren de ella.

Hoy ha desaparecido esa distinción, y, por lo tanto, todos los sordomudos y los impedidos de hablar que no sepan ó no puedan escribir, no podrán otorgar testamento cerrado, según el precepto terminante del artículo que examinamos.

La especialidad en estos testamentos consiste en que estén escritos y firmados por el testador, puesto que no pueden expresar por otro medio su voluntad; debiendo también formularse por escrito, por la misma razón, la manifestación que el testador debe hacer en el otorgamiento de todo testamento cerrado de que el documento que presenta contiene su disposición testamentaria; y, en su virtud, no pudiendo cumplir dicho requisito el que no sabe ó no puede escribir, es imposible considerarle en condiciones para dicho acto, y de aquí que el Código, con perfecto acuerdo, establezca dicha incapacidad indirectamente en el párrafo 1.º del presente artículo.

En el otorgamiento de estos testamentos deben observarse

las prescripciones establecidas en el art. 707, en cuanto fuere aplicable á los mismos y no hubiere sido modificado por las reglas especiales establecidas en el que examinamos. Estas responden á la especialidad de los mismos, ya indicada, y consisten, por lo tanto, en la necesidad de que todo él esté escrito y firmado por el testador; en que en la parte superior de la cubierta consigne éste por escrito la manifestación que en otro caso hubiera de hacer verbalmente, añadiendo, como garantía del cumplimiento de la primera condición, que está escrito y firmado por él, y en que á continuación de dicha manifestación escrita se extienda el acta del otorgamiento con la expresión prevenida en el núm. 3.º del art. 708.

La primera de dichas formalidades es una consecuencia del principio establecido por el Código declarando la incapacidad para otorgar esta clase de testamentos de los sordomudos y de los que no pueden hablar, que no sepan ó no puedan escribir, y la expresión que en ella se ordena respecto del lugar, día, mes y año, es la misma prevenida en el art. 706 para todos los testamentos cerrados, y obedece á los fines indicados en el comentario de dicho artículo.

La segunda de las prescripciones citadas se funda en la imposibilidad de hacer de otra manera la manifestación á que se refiere, para que dicha manifestación tenga condiciones de seriedad y seguridad, exigiéndose además la expresión de que el testamento que presenta se halla escrito y firmado por él como garantía de la observancia de la regla 1.ª, y además para que desde luego se comprenda que no adolece del defecto de estar escrito por otra distinta persona y no se dé lugar inútilmente al acto del otorgamiento.

No dice la regla que examinamos si esa manifestación escrita debe ó no ser firmada por el testador, y con tal motivo se ha estimado deficiente la misma; pero no existe tal deficiencia, pues dicha firma no es necesaria para que surta sus efectos tal manifestación, toda vez que siendo hecha ésta ante el notario y los testigos, á éstos es á quienes toca hacer constar su existencia,

comprobándose por el acta del otorgamiento, en que ha de expresarse la observancia de aquella formalidad, el cumplimiento de dicha circunstancia. Sin embargo, lo natural es que el testador autorice con su firma aquella manifestación, aunque no lo prevenga la ley.

Y por último, la prescripción 3.ª de este artículo, en su primera parte, responde al objeto de evitar suplantaciones, impidiendo que á continuación de la manifestación escrita por el testador, de contenerse su disposición testamentaria en el documento que presenta, se consignen otras que puedan adulterar ó modificar el contenido de la misma. Y en cuanto á la expresión que debe contener el acta citada, según dicha regla, obedece este precepto al criterio seguido por el legislador, el cual no ha preceptuado en este artículo todas las solemnidades propias de estos testamentos, sino que se ha limitado única y exclusivamente á determinar las reglas especiales del mismo dejando subsistentes todas las demás generales del testamento cerrado, las cuales deberán ser observadas también en cuanto fueren compatibles ó aplicables. En tal concepto deberá cumplirse lo ordenado en el art. 707, á excepción de la regla 3.ª, que queda sustituída por la 2.ª del que examinamos.

No dice esta regla si el testador deberá ó no rubricar todas las hojas del testamento, ni si se ha de hacer expresión de este extremo en la manifestación escrita que ha de consignarse en la cubierta del mismo; y esta omisión ha suscitado dudas acerca de si es ó no necesario en estos testamentos dicho requisito.

En el artículo que examinamos, único consagrado á la determinación de las solemnidades especiales de esta especial forma de testar, no se requiere ninguna otra formalidad más que las expresadas en él y las aplicables del 707, ni puede estimarse suplida dicha omisión por la referencia hecha á éste, pues en él no es donde se previene el requisito indicado, sino en el 706, del cual no se habla en el presente. En su virtud, aunque no existe una razón de diferencia entre uno y otro caso, que haga precisa la omisión de la precaución que tal requisito constituye, forzoso

es reconocer que el Código no lo exige en los testamentos de que ahora nos ocupamos, y por lo tanto, su omisión no puede implicar una causa de nulidad. Esto no obstante, conveniente será la observancia de dicho requisito, por la garantía de autenticidad que ofrece, puesto que á ello no se opone ningún precepto legal, y no estando prohibido expresamente, debe estimarse permitido dicho requisito.

Las prevenciones indicadas excluyen la posibilidad de que el testador sordomudo, ó imposibilitado para hablar, otorgue testamento valiéndose de otra persona como amanuense, aunque éste acierte á comprender y expresar su voluntad; y así se deduce también del principio consignado en su primer párrafo, puesto que si no puede hablar, no existe posibilidad de que transmita á otro las disposiciones de su voluntad de una manera segura y exenta de dudas. Por eso la ley limita la capacidad en estos casos á los que saben escribir.

Sin embargo, algún comentador sostiene que sería válido el testamento que otorgara el sordomudo y el que no pudiera hablar, valiéndose como amanuense de otra tercer persona, por voluntad, por impotencia ó por ignorancia, si supiera leer y pudiera por este medio enterarse de la conformidad de su contenido, con la voluntad del mismo, y recobrando después el habla, manifestara ante el notario y los testigos que el pliego que presentaba contenía la exacta expresión de su voluntad.

Fúndanse los que tal opinión sostienen, en que tratándose de testamento cerrado, ha de estarse únicamente al momento del otorgamiento para apreciar la capacidad del testador; pues en dicho acto es cuando el otorgante manifiesta su voluntad, lo cual constituye la esencia de la testamentifacción activa, y hasta entonces la disposición testamentaria no es más que un proyecto de testamento en embrión, que por sí solo no tiene consistencia ni eficacia de ningún género.

Pero el art. 4.° se opone á dicha inteligencia, pues según el mismo, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley. En dicho caso, el testamento estaría otorgado contra la ter-

minante prescripción del artículo que comentamos, que permite sólo testar al sordomudo ó impedido para hablar *que sepa escribir*, imponiéndole además la obligación de que se halle todo el testamento escrito y firmado por él; y como acto ejecutado contra dicha prescripción legal, sería nulo en su origen, no pudiendo surtir efecto alguno. Sin embargo, una sentencia del Tribunal de Orleans, citada por los mantenedores de la opinión contraria, parece establecer opuesta doctrina, fundándose en que no hay precepto alguno que exija que exista, en el momento en que se confecciona el testamento, la facultad de expresión del pensamiento que la ley exige en el testador como garantía concedida al mismo, y por lo tanto, sólo cuando dicha garantía no exista es cuando se precisa adoptar las precauciones establecidas para reemplazarla.

De esta consideración deducen que el testamento, en el supuesto mencionado, habría de regularse por los arts. 706 y 707, y no por el 709, por no existir en el momento del otorgamiento la falta de expresión indicada, ó sea la sordomudez ó el impedimento para hablar.

Otra cuestión sugiere el estudio del artículo que examinamos. En efecto, en las reglas que comprende no se preve el caso de que el testador no pueda firmar el acta del otorgamiento, aunque sepa escribir, por cualquier causa que le impida para ello; y en vista de esa omisión, un expositor del Código pregunta: ¿será en dicha hipótesis nulo el testamento por falta de dicho requisito, ó podrá firmar por el testador uno de los testigos instrumentales? A nuestro juicio, la contestación es fácil y sencilla, pues la regla 3.ª del artículo que estudiamos, dispone se cumpla lo ordenado en el art. 707, en cuanto fuere aplicable al caso, y como en la disposición 5.ª de dicho artículo se establece la facultad de ser sustituído el testador en el acto de la firma por uno de los testigos instrumentales ó por otra persona designada por él, en el caso de que no sepa *ó no pueda* firmar, es indudable que en la referencia hecha al art. 707 citado se halla resuelta la dificultad propuesta por dicho autor.

Se han suscitado dudas también acerca de si sería aplicable á esta clase de testamentos, en virtud de la referencia hecha en la prescripción 3.º de este artículo, la regla 2.ª del 707, según la que basta para la validez del testamento cerrado que puedan firmar tres de los cinco testigos, ó si, por el contrario, es preciso que sepan escribir todos los expresados en la disposición 2.ª del que examinamos.

Somos de esta última opinión, pues si bien el presente artículo nada prescribe acerca de ello, es indispensable que todos los testigos sepan escribir, porque en otro caso no podrían entender al testador: pues como en otra ocasión hemos dicho, el que no puede hablar no tiene más medios de comunicarse con los demás que por la escritura. Y no pudiendo entender al testador por no saber escribir, incurriría en la causa de incapacidad señalada con el núm. 5.º del art. 681. Esto no obsta, á nuestro juicio, al caso en que, sabiendo el testigo escribir, no pueda, sin embargo, firmar por alguna causa que se lo impida en el acto del otorgamiento, pues en dicho caso se cumple la condición exigida de que entienda al testador leyendo la manifestación escrita por el mismo, y no existiendo razón alguna de diferencia en dicha hipótesis entre el testamento abierto y el cerrado, para este efecto de su autorización por los concurrentes al acto, debe serle aplicable el precepto de la regla 2.ª del art. 707, bastando que tres de los testigos puedan firmar.

Precedentes de este artículo encontramos en la legislación romana, en las leyes 6.ª y 7.ª, tít. 1.º libro 28 del Digesto, y en la 10, tít. 22, libro 6.º del Código Justinianeo, y en nuestro derecho en la ley 12, tít. 5.º, libro 2.º del Fuero Real y en la ya citada ley 13, tít. 1.º de la Partida 6.ª Los proyectos de 1851, en su art. 570, y de 1882, en el 707, establecieron preceptos casi iguales á los consignados en el presente artículo y concuerda, además éste con el 3786 del Código de Méjico, el 766 del de Uruguay, el 979 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 786 del de Italia, el 1924 del de Portugal, el 1024 del de Chile, el 988 del de Holanda, el 782 y el 783 del de Guatemala, el 915

del de Veracruz, el 3516 del de la Baja California, el 908 del de Nápoles y el 3668 y 3669 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 710

Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

ARTÍCULO 711

El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á contiduación de dicha nota.

Según el artículo 34 de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, los Notarios deben llevar un libro reservado, en que insertarán, con la numeración correspondiente, copia de la carpeta, ó sea del acta de otorgamiento de cada uno de los testamentos cerrados en que hubieren intervenido. Hecho esto, queda terminada la intervención que el Notario tiene en la autorización de esta clase de actos de última voluntad, y, á partir de dicho punto, la ley deja al testador en libertad completa de conservar en su poder el testamento, ó de depositarlo en la persona y en la forma que tenga por conveniente.

El primero de los artículos que examinamos, de acuerdo con dicho precepto, previene que, una vez autorizada la disposición testamentaria y puesta la copia del acta de otorgamiento en el protocolo reservado de que queda hecho mérito, se entregue al testador, á fin de que pueda proceder, con arreglo al segundo

de dichos artículos, como mejor estime respecto de la conservación y custodia del mismo.

No quedando en el protocolo del Notario autorizante constancia de ningún otro particular del testamento más que esa copia del acta en que el otorgante manifiesta contenerse su última voluntad en el pliego que presenta, fácilmente se comprenden los inconvenientes y las dificultades con que habría de tropezarse para el cumplimiento de dicha voluntad si por quedar el pliego en poder del testador ó de cualquiera otra persona sufriese extravío, ocultación ó alteración en su contenido, ó fuese sustituído por otro; y como á esos peligros, fraudes y falsificaciones se halla siempre expuesta toda disposición testamentaria no protocolizada en un Registro público, la ley no ha podido menos de dar al testador todo género de facilidades para buscar las garantías convenientes y eficaces contra dichos riesgos, bien conservando en su poder el testamento, bien depositándolo en aquellas condiciones que mayor confianza y seguridad le ofrezcan.

Este es el objeto á que obedecen los dos artículos de que nos ocupamos, en los cuales se establecen las medidas oportunas para la conservación y custodia del testamento cerrado, una vez terminada su autorización. En el primero de ellos se consigna un principio cuyo desarrollo y reglamentación corresponde á la legislación notarial, cual es el registro en el protocolo ó libro reservado, conforme al art. 34 de la ley del Notariado, de la carpeta del testamento que contiene el acta del otorgamiento. Con referencia á dicho libro, deben remitir índice reservado de los expresados instrumentos al Presidente de la Audiencia territorial, por conducto del Juez de primera instancia correspondiente, dentro de los ocho primeros días de cada mes.

Además, con arreglo al art. 7.º del Real decreto de 19 de Febrero de 1891, que modificó el de 14 de Diciembre de 1885 relativo al Registro de últimas voluntades, los Notarios, y los Párrocos en los casos en que están autorizados para intervenir en el otorgamiento de disposiciones testamentarias, deben remitir

al decano del Colegio respectivo, dentro de los tres días siguientes al otorgamiento, una comunicación expresiva del nombre, apellidos, naturaleza, estado, vecindad y domicilio del otorgante, nombres y apellidos de sus padres, notario que hubiere autorizado el testamento, población en que hubiere tenido lugar el otorgamiento, fecha del mismo y todas las demás observaciones que el autorizante de dicho acto considere convenientes, para lo que en el acta del otorgamiento deberán comprenderse dichos datos. El decano, una vez recibida dicha comunicación, tomará razón de ella en un registro particular, por orden alfabético, que debe llevar de dicha clase de testamentos, y los días 1.º y 16 de cada mes, á excepción del de Canarias, que lo hará mensualmente, remitirá á la Dirección de los Registros las hojas que estuvieren completamente llenas de su registro, manifestando el número de las que se acompañan, el de las que quedan empezadas y el de los asientos que contiene cada una de éstas, con expresión de la letra á que corresponde. La Dirección citada pasará dichas hojas á la sección correspondiente, y con ellas y los demás antecedentes citados en el referido Real decreto, se formará el registro general de actos de última voluntad.

Independiente de dichas comunicaciones, los notarios deben remitir directamente á los decanos de su respectivo colegio, al mismo tiempo que lo hacen al Presidente de la Audiencia territorial, un duplicado del índice reservado que deben elevar á los mismos.

De este modo se ha procurado evitar que por ocultación, extravío ó cualquier otro motivo, puedan aparecer como muertos *abintestato* los que hubieren otorgado testamento cerrado, toda vez que por las precauciones adoptadas ha de aparecer siempre de la correspondiente certificación del registro mencionado constancia del otorgamiento.

Siendo de tanto interés la copia en el protocolo reservado del acta del otorgamiento, ¿qué consecuencias producirá el incumplimiento ó la falta de este requisito? ¿Habrá de conside-

rarse nulo el testamento, con arreglo al precepto del art. 715, ó, por el contrario, deberá subsistir y producir sus efectos el mismo?

El Código de Méjico, en su art. 3790, considera válido el testamento en dicho caso, sin perjuicio de la responsabilidad del notario que hubiere incurrido en tal omisión. Nuestro Código no resuelve de una manera expresa la dificultad, pues si bien el artículo 715 declara nulo el testamento cerrado cuando no se hubieren observado las formalidades establecidas en la presente sección, su precepto no alcanza más que hasta el otorgamiento, y por lo tanto, la nulidad declarada en el mismo no puede extenderse más allá de los términos que la determinan, en cuya virtud, siendo la inscripción en el protocolo reservado un acto independiente del otorgamiento, y posterior á él no debe ser aplicable al mismo la sanción establecida en el referido artículo. Y si á falta de precepto expreso en la ley se atiende á los principios generales del derecho, conforme al párrafo 2.º del art. 6.º, la solución tiene que ser favorable á la subsistencia y validez del testamento, pues no sería justo ni equitativo que por culpa ó negligencia del notario é infracción de sus deberes, que en nada afectan á las solemnidades establecidas para la validez de los testamentos, se declarase la nulidad del otorgado en dicho caso, á pesar de haberse observado las formalidades exigidas para ello. El registro en el protocolo reservado es, en efecto, una formalidad ajena á la autenticidad é inviolabilidad de la disposición testamentaria, y no afectando á su esencia, no debe su falta implicar la nulidad.

Esto, no obstante, debe procurarse el exacto cumplimiento de dicho requisito por la garantía que hemos dicho constituye, pues de no copiarse el acta de otorgamiento en el protocolo indicado, no podrá figurar en el índice correspondiente, ni remitirse la comunicación prevenida en el Real decreto de 19 de Febrero de 1891, ni figurar en el registro particular del Colegio notarial, ni en el general de actos de ultima voluntad, y por tal motivo ignórase si el testador ordenó ó no su última voluntad.

Pero la inscripción citada de nada sirve ni puede surtir efecto alguno si el testamento á que se refiere sufrió extravío ú ocultación, toda vez que en ella no ha de tomarse razón de su contenido, ni puede evitar por el mismo motivo que sea alterada ó sustituída por otra disposición testamentaria. Por eso el art. 711 faculta al testador para adoptar la determinación que estime más eficaz para la conservación y custodia del testamento, pudiendo retenerlo en su poder ó encomendar la guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en el notario autorizante para que lo custodie en su archivo.

La ley, como se ve, no impone al testador la norma que deba seguir, sino que le deja en completa libertad, pues tratándose de una garantía establecida en su favor é interés, debía concedérsele facultad amplísima en su adopción, y así lo reconoce el Código en el artículo citado.

En él no se establece formalidad alguna para el deposito, caso de ser depositado el testamento, pudiendo hacerlo el testador con las solemnidades y condiciones que estime convenientes. Sólo cuando el depósito se haga en poder del notario, es cuando la ley establece la regla que ha de observarse, en lo cual no ha hecho otra cosa que reproducir lo que ya estaba ordenado en el art. 92 del reglamento para la ejecución de la ley del Notariado, añadiendo que en este caso se facilite recibo al testador.

La Real orden de 16 de Octubre de 1853 facultó ya dicho depósito; la legislación notarial también estableció que pudieran recibir para su custodia tales testamentos, y el Código, ajustándose á estos precedentes, reprodujo el precepto en los términos indicados.

Se ha creído por algunos depresivo para los notarios que á éstos se imponga la obligación de dar recibo al testador, y que no se exija requisito ni condición alguna cuando se encomienda la guarda á un particular; pero la razón de esa diferencia es bien sencilla y manifiesta. La ley impone ese deber al notario porque, como oficial público, puede regular sus actos, y en tal

concepto señalarle las obligaciones que estime más oportunas para el mejor desempeño de sus deberes y de su ministerio. Pero no sucede lo mismo cuando es un particular el encargado de conservar el testamento, pues como es el testador el que le elige por merecer su confianza, el legislador para nada tiene que intervenir, siendo el depositante el que debe libremente establecer las condiciones en que haya de tener lugar el depósito. No existe, pues, en el Código la falta de consideración ni la desconfianza que por algunos se supone.

Aparte de esto, no es exacto que cuando el testamento queda en poder de un tercero no se imponga á éste deberes ni condiciones de ninguna clase: pues, por el contrario, queda sujeto, cuando menos, á todas las obligaciones y responsabilidades que contrae todo depositario, y además á las que especialmente determinan los arts. 712 y 713.

Según el derecho catalán, el testamento cerrado debe quedar siempre en poder del notario que autoriza el otorgamiento. En las demás legislaciones forales también es esa la costumbre; pero el Código ha procedido acertadamente en ello concediendo al testador la libertad amplísima que le concede por las razones que antes hemos indicado.

La legislación portuguesa, la mejicana y algunas otras, autorizan además al testador para depositar el testamento cerrado en un archivo judicial. Para ello deberá presentarse con dicho documento al encargado del citado archivo, el cual tomará razón del depósito y entrega en el libro que al efecto debe llevarse, firmándose el asiento por dicho funcionario y por el presentante, á quien se dará copia autorizada, y si fuere una persona distinta del testador la que hiciere la presentación por poder de éste, se unirá al testamento dicho poder y se hará constar esa circunstancia en el asiento.

El proyecto de Código de 1882, en sus arts. 709 y 710, estableció preceptos análogos á los sancionados, y concuerdan además los artículos que comentamos con el 3789, 3791 y 3792 del Código de Méjico, el 3522 y 3523 del de la Baja California, el

780 del de Guatemala, el 1926 y 1927 del de Portugal, y algunos otros.

ARTÍCULO 712

El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

ARTÍCULO 713

El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó depósito, y el que lo oculte, rompa ó inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

La forma especial de los testamentos cerrados y el carácter reservado de sus disposiciones, exigen que, una vez ocurrido el fallecimiento del testador, se proceda á la apertura de los mismos, á fin de poder conocer y cumplir la voluntad del otorgante, y para ello que sean presentados por las personas en cuyo poder se hallaren á la autoridad judicial, única competente, con arreglo á la ley, para entender en dichas diligencias.

Esa presentación, como ha dicho un autor, es consecuencia necesaria del depósito hecho por el testador, en uso de la facultad concedida al mismo por el art. 711, y en el caso de que el otorgante hubiere preferido conservarlo personalmente, entonces

la presentación deberá hacerse por los que le hallaren, ó le ocupará, en su caso, el juzgado que conociere de la prevención del oportuno juicio universal.

La necesidad de dicha presentación para su apertura es indiscutible, pues en otro caso ignorada permanecería la disposición testamentaria, y, por lo tanto, no podría darse cumplimiento á la misma.

Los dos artículos que examinamos no establecen distinción alguna, y se refieren, por la generalidad de sus términos, lo mismo al caso de que el testamento obre en poder del notario ó de cualquier otra persona, por haberlo depositado en ella el testador, ó al de haberlo conservado éste y sido hallado después de su fallecimiento.

En ambos casos podrían quedar ilusorios los derechos nacidos del testamento é incumplida la voluntad del causante, si la persona en cuyo poder se hallare por alguna de dichas causas no lo presentare para su apertura, y para obligar eficazmente á dicha presentación, el Código ha tenido que establecer el precepto de dichos artículos. De no imponerse esa sanción podría darse lugar á interesadas ocultaciones y á otros muchos abusos, que, merced á tales artículos, se evitarán en gran parte por el temor á las responsabilidades en ellos impuestas. Constituyen, pues, las prescripciones de los mismos un apremio ó un medio coercitivo para que no se dilate en perjuicio de respetables intereses el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el testamento cerrado.

Todas las legislaciones han sentido esa misma necesidad y han procurado dar solución á ella en armonía con las exigencias de su época y con la especial organización de la sociedad en el sucesivo transcurso del tiempo. Así el Furo Juzgo prevenía se presentase el testamento ante el Obispo, dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento, y el Fuero Real, que dicha presentación se hiciese ante el alcalde ó ante el juez, en el término de un mes, manteniéndose dicho criterio por la legislación de Partidas, la Novísima Recopilación y las leyes de En-

juiciamiento, aunque con la prevención de que el testamento fuese presentado ante la jurisdicción ordinaria, que, como hemos dicho, es la única competente para ello, con arreglo á la ley orgánica del Poder judicial.

Al establecer el Código la sanción correspondiente por el incumplimiento del deber de presentar con tal objeto el testamento cerrado que impone á la persona en cuyo poder se hallare, luego que supiere el fallecimiento del testador, ha tenido muy especialmente en cuenta la causa de dicha omisión, y distingue convenientemente según que la falta dependa de mera negligencia, ó de dolo ó fraude por parte del tenedor del testamento. Para el primero de dichos casos se halla establecido el precepto del art. 712, y para el segundo el del 713.

Un comentarista entiende que siempre debe estimarse dolosa la falta de presentación del testamento, mientras no se pruebe lo contrario; porque no existe, á su juicio, explicación alguna que justifique dicha omisión, en razón á lo que considera impropia é inútil la distinción hecha por el Código, debiendo aplicarse en todo caso la sanción del art. 713, á no ser que debidamente se acreditase que no había mediado dolo ni intención por parte de la persona en cuyo poder se hallase el testamento; y que, aun en este supuesto, tampoco podría hacerse aplicación del art 712, el cual resultaría siempre inútil y sin eficacia alguna. Pero es un pricipio general de derecho, del que no se ha apartado el legislador, que el dolo no se presume; é inspirándose en este criterio, el Código reconoce la posibilidad de dicha omisión, sin que medie dolo, estimándolo debido á mera negligencia, en tanto que no resulte justificado lo contrario.

La declaración contenida en el primer párrafo del art. 712 es tan clara y explícita, que no necesita comentario alguno para su recta inteligencia. Sin embargo, se han expuesto algunas dudas acerca de ella.

En efecto: fundándose en que se halla usado en singular el verbo *tener*, empleado para determinar el sujeto activo de la oración, que constituye el precepto de dicho párrafo, se ha creído

por cierto comentarista que dicho verbo no se refiere al notario, sino á cualquiera otra persona en cuyo poder obre el testamento, y de esta consideración deduce que el notario autorizante de todo testamento cerrado, aunque no haya sido depositado en él, tiene la obligación de acudir al juez competente, poniendo en su conocimiento el hecho de la autorización luego que sepa el fallecimiento del testador.

Esta inteligencia responde al criterio adoptado en el proyecto de Código de 1882, según el que, ocurrido el fallecimiento, debía hacer dicha manifestación el notario al juez competente, sin perjuicio de dar aviso, confidencial también, á los interesados en el testamento. Por el contrario, en el proyecto de 1851 se disponía que dicho aviso se diese á los interesados, y sólo cuando éstos eran desconocidos ó se hallaban ausentes, era cuando debía ponerse en conocimiento de la autoridad judicial el hecho de la autorización del testamento.

Prescindiendo de la crítica de estos sistemas, puesto que ha prescindido el Código de la necesidad de dicho aviso, innecesario ya desde el establecimiento del Registro de actos de última voluntad, y volviendo al estudio de la duda suscitada acerca del recto sentido del párrafo citado, no podemos menos de considerar equivocada la inteligencia atribuída por dicho comentarista.

Si en vez de la redacción dada á la declaración referida, se hubiese dicho: «el notario y la persona que tenga en su poder un testamento...» entonces tendría razón el autor citado, pues por hallarse usado en singular el verbo referido no podría regir á los dos sujetos copulativamente expresados, sino á uno de ellos. Pero, por el contrario, la preposición *ó*, como disyuntiva que es, precisa todo lo contrario, y por lo tanto, dicho verbo rige á uno ú otro, hallándose propiamente en singular, puesto que el agente á que se refiere como tenedor del testamento es uno solo, ya sea el notario, ya cualquiera otra persona á quien el testador hubiere encomendado la guarda. Además, el sentido mismo de dicha oración indica que el hecho determinante de ella es la posesión del testamento, y su objeto la presentación, y mal puede

imponerse dicha obligación al notario cuando no se hallare en su poder el testamento.

Otra duda se ha ofrecido á la consideración de los expositores, y es, si el precepto de dicho párrafo es aplicable aun en el caso de que por imposibilidad material, ó por causa de fuerza mayor, no pueda el tenedor del testamento hacer la presentación ordenada en el mismo. Pero aunque el Código no lo dice, desde luego se comprende que la obligación impuesta se refiere al caso de que no exista causa legítima que lo impida, pues dicha imposibilidad debidamente justificada eximiría al depositario de toda responsabilidad, puesto que la omisión en ese caso no dependería de su voluntad.

El deber que dicho artículo prescribe es el mismo impuesto por el 690 al depositario del testamento ológrafo, y por lo tanto, es de perfecta aplicación aquí cuanto expusimos al comentar dicho artículo, sobre la imposibilidad de presentar dicho testamento en el término fijado por la ley.

Según la regla 22 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, el juez competente para intervenir en las diligencias es el del lugar en que se hubiere otorgado el testamento, y á éste es al que se refiere el precepto que examinamos.

La sanción establecida en el párrafo 2.º del art. 712 se halla en un todo conforme con el principio consignado en el art. 1902, según el cual, todo el que por acción ú omisión causara un daño á otro, interviniendo culpa ó negligencia, está obligado á reparar el daño causado.

La primitiva redacción de este artículo decía que respondería de los daños que ocasionare por la *dilación*: pero en la revisión llevada á cabo por virtud de la ley de 26 de Mayo de 1889, tantas veces citada, se sustituyó dicho término por el de *negligencia*, como más propio y más técnico.

Algunos Códigos imponen la misma obligación, no sólo en el caso de fallecimiento, sino también en el de presunción de muerte, y se ha censurado asimismo que nuestro Código no haya hecho esta expresión.

Al comentar el art. 657 nos hicimos cargo de igual observación y entonces demostramos que no existe el defecto que se supone, pues si bien, con arreglo al art. 193, la sentencia firme de presunción de muerte abre la sucesión á los bienes del ausente, debiendo procederse á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría ó abintestato, según los casos, no es precisa dicha expresión al tratar el Código de la materia de sucesiones, toda vez que en el lugar correspondiente había ya determinado los efectos jurídicos de esa ficción legal en cuanto á las personas y los bienes, y hubiera sido incurrir en notoria redundancia volver á la exposición de dichos efectos respecto de los bienes de la persona que se presume muerta, debiendo entenderse comprendida la presunción de muerte en el precepto del artículo al hablarse del fallecimiento, por ser la misma la razón legal.

El primero de los artículos que examinamos en este comentario tiene sus precedentes en las leyes 11, tít. 5.º, libro 2.º del Fuero Juzgo; 14, tít. 5.º, libro 3.º del Fuero Real; 5.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación; en varias leyes del título 2.º de la Partida 6.ª, que fueron derogadas, en cuanto se referían al procedimiento, por la de Enjuiciamiento civil de 1855; y en el art. 1956 de la ley procesal vigente, que estableció sustancial y casi literalmente la misma declaración consignada en el párrafo 1.º de dicho art. 712.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 571, y el de 1882 en el 711, propusieron preceptos análogos, aunque con la variación indicada de haber de dar aviso el notario á los interesados ó al juez de la autorización del testamento, fallecido el testador; y concuerda además dicho artículo con el 3671 del Código de la República Argentina, el 1025 del de Chile, el 1937 del de Portugal, el 990 del de Holanda, el 767 del del Uruguay, el 3796 del de Méjico y 3527 del de la Baja California.

La disposición del art. 713 es una consecuencia lógica del anterior, pues de nada serviría que el Código impusiera la obligación consignada en éste, si no estableciera una sanción eficaz

para impedir su incumplimiento en los casos en que voluntaria, dolosa y puniblemente tratara de infringirse dicho precepto.

La ley ha considerado que la responsabilidad imponible en dichos casos es garantía bastante para evitar esos abusos, y forzoso es reconocer que ha procedido con gran previsión é inspirándose en estrictos principios de justicia al imponer en estos casos, á más de la responsabilidad establecida en el art. 712, la pérdida de todo derecho á la herencia: pues el que con dolo é intencionadamente oculta ó deja de presentar el testamento que obrare en su poder, á pesar de tener conocimiento de la muerte del testador, impidiendo así el cumplimiento de la disposición testamentaria, revela desde luego que obra movido por un interés personal, por serle más conveniente el fallecimiento abintestato del causante de la sucesión, y justo es que pierda lo que por medios tan reprobados se propusiera conseguir.

La disposición del párrafo 1.º de dicho artículo no ofrece dificultad alguna en cuanto á su inteligencia, y conforme se halla en un todo con la causa de indignidad 7.ª del art. 756, según la que son incapaces para suceder por tal motivo, entre otros, los que con amenaza, fraude ó violencia ocultaren un testamento posterior á aquel en que hubieren sido instituídos; habiendo merecido la aprobación de todos los comentaristas.

No sucede lo mismo respecto de la prescripción contenida en el párrafo 2.º de dicho artículo. Comentando precepto análogo del Código portugués, decía Ferreira, que no hay sustracción sin dolo, y por lo tanto, siempre que el testamento fuere sustraído, habría de incurrirse en la penalidad establecida, ó sea en la pérdida de los derechos á la herencia, cualquiera que fuese la intención ó el objeto con que se hubiere llevado á efecto la sustracción; y siguiendo á tan autorizado autor algunos comentaristas de nuestro Código, han estimado innecesaria la expresión *dolosamente* con que se califica y determina la sustracción que puede dar motivo á la responsabilidad citada, entendiendo que ésta debe ser impuesta siempre que exista sustracción, con independencia ó abstracción del fin que le haya motivado. Pero el

error en que incurren es bien notorio, pues hay casos en que la sustracción del testamento puede llevarse á efecto sin un propósito doloso, y no sería justo en ellos imponer al autor la misma responsabilidad que al que hubiere ejecutado dicho acto con un propósito ilícito, como el de simular una muerte intestada, ó la subsistencia de un testamento derogado posteriormente por el sustraído. Mas no por eso quedará exento el que hubiere llevado á cabo la sustracción sin intención dolosa, pues obrando en su poder el testamento, y reteniéndolo ó demorando su presentación en el plazo de los diez días fijados al efecto, se encontrará en el caso previsto en el párrafo 2.° del art. 712 é incurrirá en la responsabilidad establecida en el mismo.

También se ha censurado que el Código no haya hecho extensivo el calificativo *doloso* á los casos en que sea ocultado, roto ó inutilizado de otro modo el testamento. Pero rectamente entendidos estos términos, se observa fácilmente que no es necesaria dicha expresión, porque esos actos son acciones punibles, y como tales, llevan implícito en sí el dolo ó el fraude. Por eso, además de la sanción civil citada, pueden tener la penal correspondiente.

Para la debida apreciación de la existencia del dolo, hay que estar á la definición consignada en el art. 1269.

El art. 713 que examinamos tiene sus precedentes históricos en las leyes 13, tít. 5.°, libro 2.° del Fuero Juzgo; 2.ª, tít. 2.°, Partida 6.ª, y 17, tít. 7.° de la misma Partida; y en la ley 5.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación. El proyecto de Código de 1851, en su art. 617, y el de 1882, en el 712, establecieron preceptos análogos, y concuerda además el art. 713 citado con el 1937 y el 1938 del Código de Portugal, el 3803 del de Méjico, el 3534 del de la Baja California, el 3671 del de la República Argentina y el 990 del de Holanda.

ARTÍCULO 714

Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil.

Las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil á que se refiere el presente artículo, son las comprendidas en el tít. 7.º de la parte 1.ª del libro 3.º de dicha ley, relativas á la apertura de testamentos cerrados.

Al comentar el art. 712, indicamos ya que la forma especial de esta clase de testamentos, y la circunstancia de permanecer reservado hasta la muerte del testador el contenido de los mismos, exigen de consuno que al abrirse la sucesión se proceda igualmente á la apertura de dichas disposiciones testamentarias, para que sea conocida la última voluntad del otorgante y pueda darse á las mismas el debido cumplimiento.

La generalidad de los términos del artículo que examinamos, así como el absoluto principio establecido en el art. 712, no admiten excepción ni distinción alguna, y, por lo tanto, todos los testamentos cerrados, cualquiera que sea la condición y destino de los mismos, se hallan sujetos al precepto indicado, y deben someterse para su eficacia á las oportunas diligencias de apertura y protocolización.

Sin embargo, el Sr. Falgueras, profesor de Notariado de la Universidad de Barcelona (1), y D. Manuel Bofarull, notario y comentador del Código (2), sostienen que no debe aplicarse el procedimiento judicial establecido en la citada ley de Enjuiciamiento á los testamentos cerrados que hubieren sido depositados en un archivo notarial, estimando que ninguna razón pue-

---

(1) V. la nota del cap. 1.º, parte 2.ª, de la *Teoría del Arte de Notario*, por Gibert.

(2) V. *Código civil español, anotado y concordado* por dicho autor, páginas 226 y 227.

den tener dichas diligencias en tal caso, y que no existe precedente alguno legal que autorice su práctica.

Fúndanse para ello, en que las disposiciones de la legislación romana, relativas á la publicación judicial de los testamentos cerrados, se referían únicamente á los privados, ó sea á los otorgados ante siete testigos sin la autorización de notario ni de otro funcionario público, y en que las únicas leyes de Partidas que suponen la intervención del notario (1), no ordenan tampoco la apertura y publicación judicial del testamento, al paso que las que disponen esta publicación (2), exigen tan sólo el concurso de testigos, y no el de aquel oficial público. Igual confirmación creen encontrar en las leyes 5.ª y 6.ª, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y en las opiniones de algunos comentaristas, tanto de las leyes romanas citadas como del derecho patrio, y de todo ello deducen que el procedimiento establecido por la ley de Enjuiciamiento civil para la apertura de los testamentos cerrados, es tan sólo adecuado para justificar la autenticidad de las firmas de un documento privado, y en modo alguno para los auténticos ó que revisten fe pública, en cuyo caso suponen se encuentra el testamento cerrado desde el momento en que es autorizada por un notario el acta de su otorgamiento.

Otro comentador de nuestro Código, D. León Bonel y Sánchez, refuta con éxito dicha opinión y demuestra el error en que se incurre por partir del falso supuesto de que los testamentos cerrados adquieren el carácter de instrumentos públicos desde el acta de otorgamiento.

Ese error es evidente, pues dicha acta no es más que un precedente, como dicho autor afirma, y el testamento en realidad no adquiere dicha condición hasta que, muerto el testador, se procede á su apertura y se decreta la protocolización.

El notario, ha dicho el comentarista citado, no tiene jurisdicción, y su misión está reducida á la fe pública de lo que ante

---

(1) Leyes 24 y 27, tít. 1.º de la Partida 6.ª

(2) Leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª, 5.ª y 6.ª, tít. 2.º de la Partida 6.ª

él se realiza; y mal puede testimoniar el contenido de lo que cerrado está y cerrado debe permanecer hasta que la autoridad judicial viene á ejercer sus elevadas funciones dando fuerza á lo que hasta su intervención no la tuvo, y mandando protocolizar lo que desde dicha protocolización se convierte en título público (1).

Conforme en todo con esta opinión, entendemos que el precepto del presente artículo comprende á todos los testamentos cerrados, aunque el testador, en uso de la facultad que le concede el art. 711, hubiere depositado en poder del notario autorizante el pliego que contenga su última voluntad para que éste lo guarde en su archivo, y en su virtud no puede ser excluído ninguno del requisito de la apertura y de la subsiguiente protocolización, cuyos actos deberán llevarse á efecto en la forma establecida por el artículo que examinamos.

Para la debida observancia y práctica de dicho requisito se dictaron en nuestro antiguo derecho las leyes que por nota hemos citado ya del tít. 2.º de la Partida 6.ª, las cuales, en la parte relativa al procedimiento, fueron derogadas por la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, que, aceptando la práctica generalmente admitida, dictó en el tít. 12 de su segunda parte las reglas que estimó más eficaces, como lo hizo también la vigente ley procesal en el título indicado al principio de este comentario, aumentando las precauciones convenientes para asegurarse de la legitimidad de los testamentos, y dando reglas más minuciosas para la apertura y protocolización, con el propósito de evitar las falsificaciones y fraudes á que tanto se prestan los testamentos de esta clase.

El Código ha estimado también que corresponde al derecho procesal la determinación del procedimiento que debe seguirse para dichos actos, y conforme con el mismo criterio adoptado en el 704, se refiere á la ley de Enjuiciamiento civil para dicha de-

(1) *Código civil español, comentado y concordado con el Derecho foral vigente*, por D. León Bonel y Sánchez, tomo 3.º, págs. 272 y 273.

terminación, aceptando el procedimiento establecido por la misma con anterioridad á la publicación del Código.

Las prescripciones del título aplicables para dicho efecto son las consignadas en los arts. 1957 al 1968, ambos inclusive, pues el precepto del 1956, inicial de dicho título, forma parte del 712 del Código, y los artículos restantes de aquél se refieren á la protocolización de las memorias testamentarias, los cuales han quedado sin aplicación y virtualmente derogados, puesto que el Código no reconoce validez á dichas memorias más que en el caso de reunir los requisitos exigidos para los testamentos ológrafos, y en tal concepto deben ser protocolizados, no con arreglo á dicha ley, sino en la forma establecida por el Código en sus artículos 689 á 693, ambos inclusive.

Pero aun los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil que regulan el procedimiento para la apertura y protocolización de los testamentos cerrados, han sufrido algunas modificaciones por virtud de las reformas introducidas por el nuevo orden legal, y por lo tanto, deben ser tenidas en cuenta estas alteraciones al hacer aplicación de tales preceptos.

En dicho caso se encuentra el párrafo 2.º del art. 1960, puesto que el Código civil no exige en esta clase de testamentos que firmen unos testigos por otros, sino que han de firmar únicamente los que sepan y puedan hacerlo (1), y no puede, en su consecuencia, tener aplicación en los testamentos cerrados, hechos con arreglo á la nueva legislación.

También debe entenderse modificado el 1961 en el sentido de que, además de la edad que tenían al tiempo del otorgamiento, deberá preguntarse á los testigos si á la sazón eran vecinos ó domiciliados en el lugar en que se otorgare el testamento, y si concurren ó no en ellos algunas de las causas de incapacidad establecidas en el art. 681 del Código, para poder depurar si son ó no *idóneos*, y si, por lo tanto, concurre ó no en ellos la cualidad prevenida en el art. 707 antes citado. La legislación anterior no

(1) V. regla 5.ª del art. 707.

exigía la condición de vecinos, y por eso sólo disponía el indicado artículo que se les preguntase por la edad.

Lo mismo debemos decir respecto del art. 1964, y por idéntica razón deberá ser extensiva la información ordenada en dicho artículo á justificar, además de la edad de cada uno de los testigos, el extremo de si era vecino ó domiciliado con residencia habitual en el lugar del otorgamiento al tiempo de verificarse éste, pues de lo contrario no reunirían la cualidad de *idóneos* exigida por el Código. Esta ampliación debe entenderse aplicable, en nuestro juicio, á los testigos ausentes, puesto que el art. 1962 los equipara á los fallecidos, y no se ordena otro medio de suplir su falta de asistencia para reconocer su firma y el pliego cerrado que contenga el testamento.

Réstanos indicar que, según el art. 20 de la vigente ley del Timbre del Estado, deben llevar timbre de 50 pesetas, ó sea de la clase 3.ª, el primer pliego de las copias de los testamentos que se protocolicen después de su apertura, además del suelto de igual valor que debe tener su carpeta, el cual será inutilizado con su rúbrica por el notario autorizante.

La protocolización deberá hacerse, con arreglo al art. 1968, en los registros del notario que hubiese autorizado el otorgamiento. Pero en el caso de que éste hubiese fallecido, tendrá lugar en los del notario de la cabeza del partido, y si hubiere más de uno, en el que designe el juez por el turno establecido, como para caso análogo se ordena en el art. 1955, y conforme también al art. 18 del Real decreto de 20 de Enero de 1881.

Verificada la protocolización de un testamento cerrado en virtud de auto de juez competente, debe surtir todos sus efectos jurídicos, no pudiendo los registradores denegar la inscripción de particiones otorgadas como consecuencia del testamento, fundándose en irregularidades del procedimiento seguido para su apertura.—Resolución de 27 de Septiembre de 1897.

El proyecto de Código de 1851, en sus arts. 594 á 596, y el de 1882 en su art. 713, establecieron preceptos análogos, y concuerda además el artículo que examinamos con el 1007 de los

Códigos de Francia y Bélgica, el 915 del de Italia, el 1932 y el 1933 del de Portugal, el 3527 á 3532 del de la Baja California, el 1025 del de Chile, el 3796 al 3801 del de Méjico, el 767 y el 768 del de Uruguay, el 1643 del de la Luisiana, el 900, el 904 y el 907 del de Veracruz, y el 3694 y 3695 del de la República Argentina.

ARTÍCULO 715

Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

El principio á que obedece la declaración de nulidad, consignada en la primera parte del presente artículo, es el mismo que sirve de fundamento al 687 y al 705. En el primero de éstos se consignó la nulidad de los testamentos en general por la omisión de las formalidades respectivamente establecidas para cada una de sus formas: en el 705 se estableció la de los testamentos abiertos, en cuyo otorgamiento se hubiere prescindido de las solemnidades especiales prevenidas en la respectiva sección; y congruentemente con ese sistema, al ocuparse el Código de los testamentos cerrados, debía consignar análogo precepto, y este es el objeto que motivó el artículo que examinamos, en el cual se ha adicionado además un extremo, que es peculiar consecuencia de la naturaleza propia de esta clase de disposiciones testamentarias.

Esta ligera indicación demuestra que cuanto hemos dicho al comentar los arts. 687 y 705 citados, tiene aplicación al presente, y damos aquí por reproducido lo entonces expuesto en razón á su notoria pertinencia. Pero la especial forma de estos testa-

mentos ha suscitado además algunas otras dudas en la inteligencia de este artículo, que han dividido la opinión de sus comentadores.

Dícese en él que será nulo el testamento cuando en su *otorgamiento* no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección, y como por el *otorgamiento* de los testamentos cerrados se entiende el acto de la autorización del mismo ante el notario y los testigos correspondientes, se ha planteado por algunos la cuestión de si sería válido ó nulo el testamento en cuya autorización ú otorgamiento se hubiesen observado estrictamente las reglas establecidas en el art. 707, y sin embargo, en la confección ó extensión del mismo resultaren infringidas ó incumplidas las prescripciones del 706, ya por no haberse hecho expresión del lugar, día, mes y año en que hubiere sido escrito, ya por no hallarse rubricadas todas las hojas por el testador y puesta al final su firma, después de salvadas las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones, si hubiere sido extendido por el mismo, ó puesta su firma en todas las hojas y al pie si estuviere extendido por otra persona á su ruego y supiere escribir el testador, ó si no estuvieren rubricadas las hojas por la persona que á su ruego firmase cuando aquél no supiera ó no pudiera firmar, ó finalmente, cuando en este caso no se expresare la causa de la imposibilidad que impidiera al otorgante cumplir dichos requisitos.

Siendo éstos extraños al acto de la autorización ó del otorgamiento de dichas disposiciones testamentarias, si por tal otorgamiento ha de entenderse únicamente el conjunto de formalidades prevenidas en el art. 707, han supuesto algunos comentaristas que podría razonadamente creerse que á la infracción de dichos requisitos no alcanza la declaración de nulidad establecida en el que nos ocupa, por limitarse el precepto de éste al otorgamiento y no á los actos anteriores, pudiendo de este modo considerarse válidos por deficiencia de la ley actos que notoriamente son nulos. Pero el error en que se incurre es evidente, pues con arreglo al art. 4.º son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto

en la ley, y hallándose en dicho caso el testamento hecho en contra de las disposiciones expresas y terminantes del art. 706, tendría necesariamente que ser considerado nulo, aunque no se estimase extensivo el precepto del 715 á todos los actos esenciales constitutivos del testamento, que es el verdadero sentido y alcance de dicho artículo.

Como el 705, el presente ha sido objeto también de reforma en su actual redacción. El primitivo texto de este artículo, siguiendo el criterio adoptado en el 705, hacía responsable al notario autorizante de todos los perjuicios que sobrevinieran por la declaración de nulidad del testamento, cuando ésta era motivada por la inobservancia de las formalidades consignadas en la presente sección, sin distinguir si dependía ó no de dicho funcionario la causa de no haberse observado tales formalidades; pero en vista de las reclamaciones formuladas, y para poner en armonía dicho artículo con el 705, se modificó el rigor del mismo, limitando la responsabilidad exigible á los notarios á los casos en que se probare que la falta productora de la nulidad hubiere procedido de malicia por su parte, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables de los mismos. Véase, acerca de la inteligencia de estos términos, lo que expusimos al comentar el art. 705 tantas veces citado.

Otra de las dudas que ha ofrecido á los comentaristas la interpretación de este artículo, se refiere á si podría exigirse al notario autorizante la responsabilidad indicada en el caso de que la disposición testamentaria fuera declarada nula como testamento cerrado, pero hubiera de subsistir como ológrafo, conforme á la disposición última del mismo.

Unos entienden que surtiendo efecto el testamento, aunque en otra forma, no puede haber lugar á la indemnización, por hallarse ésta en pugna con la eficacia de aquél, toda vez que dicha responsabilidad se impone por la pérdida de derechos que motiva el hecho de quedar ineficaz el mismo por consecuencia de la declaración de nulidad. Otros, por el contrario, sostienen que el precepto del artículo es absoluto, y no estableciendo distinción

alguna, á pesar de la sustitución que admite en su última parte, debe aplicarse en todo caso la sanción del mismo una vez declarada la nulidad, prescindiendo de si puede ó no surtir efecto como testamento ológrafo. Pero la cuestión que con tal motivo suscitan carece de importancia, pues desde luego se comprende que si por esa sustitución ó cambio en la forma de testar se hubiere producido algún daño ó perjuicio, lo cual es difícil que ocurra, necesariamente tendría que responder de él el notario autorizante, aunque no existiera ó no se estimase aplicable el precepto de este artículo, en virtud del amplio y general principio consignado en el 1902, toda vez que el notario sería el único causante de ello, si por su malicia ó por su ignorancia ó negligencia inexcusables hubiere dado ocasión á dicho cambio, y con él al daño ó perjuicio inferido.

Excusado es indicar que para prosperar la reclamación que se hiciere de la indemnización de daños y perjuicios que auriza este artículo, es preciso que esté deducida por parte legítima.

Véase también lo expuesto acerca de este particular en el comentario del 705.

Hemos dicho al principio, que en el artículo que examinamos, á más de establecerse en cuanto á los testamentos cerrados las declaraciones consignadas ya en el 705 respecto de los abiertos, se había adicionado una disposición especial que es peculiar consecuencia de la naturaleza propia de la clase de testamentos objeto de esta sección. Tal es la autorización, consignada al final de este artículo, para que valga y subsista como testamento ológrafo la disposición testamentaria que fuere nula como testamento cerrado, si estuviere escrito y firmado por el testador, y reuniera las demás condiciones exigidas en el 688. El proyecto de Código de 1882 sólo exigía que estuviese escrito y firmado por el otorgante, pero se han ampliado los requisitos en los términos indicados para armonizar el precepto con el citado artículo 688.

Esa sustitución ó ese cambio en las condiciones de la dispo-

sición testamentaria, permitiendo que subsista como ológrafo el testamento cerrado, ha sido objeto de sostenida controversia, si bien la mayoría de los tratadistas la reconocen y admiten como lógica y equitativa: pues, en efecto, la equidad y hasta el mero buen sentido rechazan la presunción de que el que quiso testar y testó, pretendiera á sabiendas ejecutar un acto ineficaz. Y por eso, lo mismo los intérpretes del derecho romano (1) que los glosadores de nuestro antiguo derecho, y aun la jurisprudencia de nuestros tribunales (2), tenían resuelta la cuestión en el mismo sentido, estableciendo la doctrina de que no debía presumirse que el testador había querido elegir precisamente aquella determinada forma de testar, bajo la cual no pudiera tener valor ni efecto su voluntad; sino que, por el contrario, habiendo un medio legal de dar subsistencia á dicha disposición, debía adoptarse éste, manteniéndose la eficacia del testamento y considerándosele valedero. En confirmación y ampliación de lo dicho, puede verse lo expuesto por Demolombe, Toullier, Duranton, Delisle y otros.

Estando inspirada la autorización indicada en el propósito de que no muera intestado quien con sus actos demostrara la intención de testar, viene á favorecer la testamentifacción rindiendo culto á la justicia.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 714, estableció preceptos análogos á los del presente, y concuerda además éste con el 804 del Código de Italia, el 1925 del de Portugal, el 3788 del de Méjico, el 3670 del de la República Argentina, el 1583 del de la Luisiana, el 1001 del de Francia y Bélgica, el 3519 del de la Baja California. De dichos Códigos, algunos, como el de Méjico y el de la Caja California, llevan el rigor de sus preceptos hasta el extremo de privar del oficio al notario que diere ocasión á dicha nulidad.

---

(1) V. ley 3.ª, tít. 7.º, libro 29 del Digesto.

(2) V. sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Diciembre de 1861 y 14 de Junio de 1864.

SECCIÓN SÉPTIMA

DEL TESTAMENTO MILITAR

Después de ocuparse el Código en las tres secciones precedentes de las diversas formas de los testamentos comunes, pasa á regular en el presente el testamento militar, que, según el artículo 677, es uno de los considerados especiales, y cuyo fundamento é historia son de todos conocidos.

Difieren los textos acerca del motivo de su concesión. En sus respectivas instituciones, Gayo y Justiniano alegan un fundamento erróneo, afirmando que fué concedido á los militares *propter nimiam imperitiam;* Ulpiano, por el contrario, sostiene que la razón de dicho privilegio estaba en el *inminens periculus mortis*, á que se hallaba sometida dicha clase; otros creen que fué otorgado por puro favor ó gracia. Pero cualquiera que sea la razón ó el motivo de esta forma especial de testar, es lo cierto que obedeció su nacimiento en Roma á circunstancias puramente históricas, coincidiendo con la transformación del testamento, de acto público, en privado, y con la preponderancia de la clase militar en razón á su significación política y á su intervención directa en las revueltas del Imperio.

Según el testimonio de Ulpiano, Julio César fué el primero que concedió á los militares, aunque temporalmente, la libre facultad para testar, y en aquel testamento *in procinctu* que los romanos hacían cuando las huestes estaban preparadas para salir á campaña, tuvo su origen el testamento militar, que las Constituciones imperiales reglamentaron posteriormente. Tres eran los casos que dicha legislación reconocía: 1.º, el del militar en campaña, pero fuera de peligro; 2.º, el del que se hallaba frente al enemigo ó en acción de guerra; y 3.º, el del militar fuera de campaña. En el primero de ellos permitía que pudiera testar ante dos testigos, no por vía de solemnidad, sino de prueba; en el segundo podía hacerlo del modo que quisiere ó pudiere, de palabra ó por escrito, y aun escribiéndolo con su sangre en su escudo ó armas, ó en la tierra ó arena con su espada (*in vagina aut clypeo*

litteris sanguine suo rutilantibus annotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo); y en el tercero tenían que observarse las formas generales.

En nuestro antiguo derecho, más ó menos concretamente, se hallaba establecido en la ley 12, título 5.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, siendo expresamente sancionado por las leyes 24, tít. 21 de la Partida 2.ª, y 4.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, pero tan sólo en favor de los caballeros que testaren *en hueste*, pudiendo hacerlo ante dos testigos llamados y rogados, y también como quisieren y pudieren en la misma forma que los romanos, *seyendo en la facienda et veyéndose en peligro de muerte*. Su uso, sin embargo, no fué continuo y casi cayeron en olvido estos modos permitidos de testar, hasta que por Real cédula de 28 de Abril de 1739 se declaró que el testamento otorgado sin ninguna solemnidad por los militares no valiera si no fallecían en la campaña en que lo hicieran, reconociéndose así la subsistencia de la especialidad, aunque limitando considerablemente la amplísima libertad antes concedida. Pero dicha cédula resulta derogada por la ley 7.ª, título 15, libro 10 de la Novísima Recopilación, en la que fueron compilados los Reales decretos de 9 de Junio de 1742 y 25 de Marzo de 1752, resolviéndose por ella que los militares usan de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer testamento, no sólo estando en campaña, sino fuera de ella, siempre que gocen sueldo. Las Reales Ordenanzas del Ejército de 1768, tratado 8.º, título 9.º, reiterando en términos absolutos esta última disposición, declararon que todo individuo que gozare fuero militar, lo tendría también para testar en cualquier parte, es decir, en campaña ó fuera de ella, agregando que se diera fe y cumplimiento á la voluntad testamentaria de todo militar, cualquiera que fuese el lugar, la situación y el papel en que de su letra le escribiere, sin perjuicio de testar, según costumbre, si lo hiciere en lugar donde hubiese escribano.

Esta limitación fué suprimida por Real cédula de 24 de Octubre de 1778, que constituye la ley 8.ª del título y libro de la Novísima Recopilación ya citados; expresando que por punto gene-

ral todos los individuos del fuero de guerra pudieran en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, ó de cualquier otro modo en que conste su voluntad de hacerlo por ante escribano, con las fórmulas y cláusulas de estilo.

A consulta de ciertos casos dudosos, ocurridos en algunos hospitales castrenses, donde se estimaban vigentes reglamentos especiales, se dijo por Real orden de 17 de Enero de 1835, que las Reales órdenes que permiten á los aforados de Guerra testar por ante escribano, ó por escrito firmado de su mano ó ante testigos, siempre que constase su voluntad, estaban en vigor sin restricción alguna en la forma privilegiada de expresarla y sin sujeción á los reglamentos locales, y que cualquiera que fuesen la situación y estado de salud en que aquéllos se encontrasen, eran árbitros de preferir para su testamento la forma militar ó la civil. Del mismo modo ha sido reconocida sin discusión posteriormente dicha facultad, y prescindiendo de otras muchas disposiciones, podemos citar, en confirmación de ello, las resoluciones de la Dirección general de los Registros de 30 de Mayo de 1877 y 25 de Octubre de 1884, que declararon inscribibles estos testamentos mediante la protocolización judicial.

Tales eran, á la publicación del Código, los precedentes legales del testamento militar, que con arreglo á la base 15 de la ley de 11 de Mayo de 1888, sanciona y reconoce dicho cuerpo legal, si bien en términos más racionales y conformes con la razón jurídica á que obedece esta especial forma de testar, la cual queda reducida en el mismo á su verdadera esfera, es decir, á una excepción de la regla general establecida en beneficio de los militares, no por el hecho de serlo, sino por las especiales circunstancias en que pueden hallarse, impidiéndole cumplir las formalidades ordinarias establecidas para las demás clases de testamento.

Al restringir de ese modo el Código la amplísima libertad antes concedida, ha procedido con innegable lógica, porque si bien es perfectamente justo y natural que estando en campaña

se otorguen á los militares cuantas facilidades fueren necesarias para que no fallezcan abintestato, no hay, sin embargo, fundamento racional bastante para que en tiempo de paz se omitan aquellas formalidades que la ley ha considerado necesarias para asegurar la exatitud y autenticidad de las disposiciones testamentarias: formalidades que constituyen otras tantas precauciones, establecidas tanto en beneficio de los herederos como de los testadores, para evitar fraudes y amaños, resultando su omisión más bien en perjuicio que en favor de los interesados, á quienes por ese medio se pretendiere favorecer, por la mayor facilidad que se prestaría para perjudiciales abusos.

Hoy, pues, el testamento militar no se halla concedido á título de privilegio, sino por una razón de necesidad, y partiendo de este principio, el Código marca una prudente gradación en los requisitos de estos testamentos, según fueren más ó menos apremiantes las circunstancias, como veremos al examinar cada uno de los seis artículos que componen la presente sección. Del respectivo estudio de dichos artículos resulta que el Código reconoce formas distintas dentro de la especial del testamento militar, que corresponden á las diversas circunstancias en que pueden ser otorgados; y examinados conjuntamente sus preceptos, así como los demás artículos que regulan dicha clase de testamento, resultan perfectamente justificadas sus prescripciones, pues todas ellas tienden á desvirtuar el antiguo privilegio para dar lugar á una legislación más racional y justa, sujeta á fórmulas adecuadas á la situación especial en que el testador se encuentra y al peligro que corre.

ARTÍCULO 716

En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Establecido como forma común de testar el testamento ológrafo, ha desaparecido en realidad la especialidad del testamento militar en tiempo de paz. Además, no constituyendo éste un privilegio de clase, sino una forma excepcional fundada en una razón de necesidad, debida á las circunstancias especiales en que el testador puede hallarse, no existe motivo alguno que aconseje en aquella situación relajar las solemnidades ordinarias, y por eso el Código, tanto en el presente artículo como en los siguientes de esta sección, sólo habla del testamento militar hecho en tiempo de guerra, dando así á entender que considera á los militares como á otros ciudadanos cualesquiera para los efectos de la testamentifacción activa en tiempo de paz.

Comparadas las disposiciones de este artículo con las de nuestro antiguo derecho, concuerdan en lo esencial con la ley 4.ª, tít. 1.º de la Partida 6.ª, aunque restringiendo su precepto, pues limitan la facultad de otorgar testamento tan sólo en campaña.

Exígese en todos los casos la presencia de dos testigos idóneos, y para apreciar si reunen ó no dicha cualidad, habrá de estarse á lo dispuesto en el art. 681, en cuanto sea compatible con las circunstancias en que son otorgados dichos testamentos. El testamento á que se refiere este artículo es el otorgado en campaña; cuando no exista peligro inminente de acción de guerra, pues en este caso el aplicable sería el art. 720.

Debe tenerse en cuenta que, tanto en esta sección como en las cuatro siguientes, sólo se trata de las solemnidades de los

respectivos testamentos, y que si bien, según el art. 17, tít. 11, libro 8.º de las Ordenanzas militares, habían de observarse en el cuerpo del testamento militar las leyes comunes sobre legítimas, si no preferían los otorgantes usar del privilegio y facultades de la ley militar, de la civil ó de la municipal, cuya facultad se hallaba reconocida también por la ley 8.ª del tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, hoy los militares quedan en este punto sujetos, con arreglo al Código, á la legislación común, toda vez que el art. 10 (aplicable, á virtud del 14, á las personas, actos y bienes de los españoles en territorios ó provincias de diferente legislación civil), dispone que las sucesiones legítimas y testamentarias, tanto en el orden de suceder como en la cuestión de los derechos sucesorios, y la intrínseca validez de las disposiciones, se regulan por la ley nacional, y, por lo tanto, en el presente caso por la territorial, de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Sin embargo, un expositor del nuevo derecho, al examinar esta cuestión, entiende que, aun después de la publicación del Código, subsiste el privilegio concedido por la citada ley 8.ª, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, á los militares para usar á su arbitrio las facultades que les daban la ley militar, la civil y la municipal, fundándose para ello en que la cláusula derogatoria contenida en el art. 1976 del mismo, no alcanza á dicho privilegio, por limitarse tal derogación á los cuerpos legales, usos y costumbres relativos á las materias que son objeto del Código, y, como éste, al tratar del Código militar sólo se ocupa de las solemnidades, y no de lo relativo al fondo, que es á lo que se refiere el privilegio citado, entiende que no se halla derogado éste, con tanto más motivo cuanto que, á su juicio, un privilegio de esa naturaleza é importancia no puede ser derogado por la tácita, sino expresamente.

Conforme con este criterio, opina dicho expositor que el militar puede elegir un fuero municipal cualquiera para disponer hasta de los bienes que estén sitos en otro punto distinto, y en

apoyo de dicha opinión cita una Resolución de 23 de Octubre de 1790, confirmando la validez del testamento otorgado por el Marqués de Santa Cruz de Marcenado, en el que, con arreglo á la legislación catalana, se dispuso de bienes sitos en Asturias y Galicia.

Pero desde luego se comprende que en la actualidad el privilegio, ó mejor dicho, la facultad excepcional concedida á los militares, tan sólo subsiste en cuanto á la forma, y no respecto de la potestad dispositiva, porque las prescripciones de los artículos antes citados, así como las del 15, por su carácter especial, no han podido quedar derogadas por el 716 y siguientes al 721, y en cuanto al fondo, no caben ante el derecho civil desigualdades en la condición jurídica de las personas, ni otras modificaciones de la personalidad más que las expresa y determinadamente establecidas en el Código.

Como veremos al examinar el art. 754, es aplicable á los testigos y demás personas ante quien se otorguen los testamentos especiales la prohibición establecida en dicho artículo, según la que no podrá el testador disponer del todo ó parte de su herencia en favor de dichas personas en los términos y en la forma indicada en el mismo.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 574, y el de 1882 en el 715, establecieron preceptos análogos, y concuerda además el artículo que examinamos con el 993 del Código de Holanda, el 1098 del de Colombia, el 784 del de Guatemala, el 775 del de Uruguay, el 799 del de Italia, el 1944 del de Portugal, el 1590 del de la Luisiana, el 981 al 983 de los de Francia y Bélgica, el 1041 y el 1042 del de Chile, el 3672 y 3673 del de la República Argentina, y el 3817 al 3820 del de Méjico.

ARTÍCULO 717

También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las fun-

ciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

En el artículo anterior trata el Código del testamento militar abierto, otorgado en campaña fuera de peligro de acción de guerra, y en el presente regula el testamento cerrado otorgado por alguna de las personas designadas en aquél y en las mismas circunstancias, no estableciéndose otra diferencia respecto del testamento común, más que en lo relativo á la persona que haya de ejercer las funciones notariales; porque como no es dable en la organización de nuestros ejércitos que á cada destacamento acompañe un notario público para el desempeño de dichas funciones, el Código las ha confiado á un oficial de la Administración militar, que por el carácter especial de su cargo se halla más en condiciones para sustituir en su misión á aquel oficial público.

En todo lo demás ha de estarse á lo dispuesto en la sección sexta de este capitulo, y por lo tanto, al comentario de los artículos 706 y siguientes nos remitimos, toda vez que sus preceptos son aplicables al testamento militar cerrado, en cuanto no resulte modificado expresamente por éste y el siguiente artículo.

Excusado es decir, que la disposición testamentaria á que se refiere el artículo que examinamos, ha de ser otorgada en tiempo de guerra, pues si así no fuere, es decir, si fuere otorgado en tiempo de paz, habrían de ser observadas las formalidades generales y ordinarias, haciéndose el otorgamiento ante el notario correspondiente. Además, es preciso que dicho disposición no se otorgue en ninguno de los casos expresados en el art. 720, pues en ellos el precepto aplicable sería el 721 y no el que nos ocupa.

Esto es consecuencia de las indicaciones hechas ya en las consideraciones con que comenzamos el estudio de esta sección, acerca de las distintas situaciones y formas en que podían otorgar testamento los militares. Según ellas, el militar puede tes-

tar en tres situaciones distintas, á saber: 1.ª, en tiempo de paz; 2.ª, en campaña, pero fuera de peligro inminente de acción de guerra; y 3.ª, frente al enemigo, en batalla, asalto y combate, es decir, en acción de guerra ó en peligro próximo de ella. De la primera de dichas situaciones no se ocupa la sección presente, y por lo tanto, ha de sujetarse á las prescripciones comunes, rigiendo para ella las tres formas establecidas para todos los testamentos comunes, ó sean el ológrafo, el abierto y el cerrado, con las modalidades especiales del segundo para el caso de epidemia ó de inminente peligro de muerte que no provenga de acción de guerra. En cuanto á la segunda, el Código admite dos formas distintas de testar, que corresponden al testamento abierto y al cerrado, refiriéndose exclusivamente á éste el artículo que examinamos, y al abierto el anterior. Y, por último, en la situación tercera de las indicadas, también se reconocen dichas dos formas, ó sean el testamento abierto y el cerrado, estando regulada la primera por el art. 720 y la segunda por el 721.

Hemos insistido en esta distinción, porque determinado de este modo el objeto y alcance de cada uno de los artículos 717 y 721, se evitarán las dudas y las cuestiones que acerca de la inteligencia de los mismos suscitan los comentadores del Código, que creen encontrar contradicción y aun redundancia en los mismos, por suponer que ambos se refieren á una misma clase de testamentos, ó sea á disposiciones testamentarias otorgadas en igualdad de circunstancias.

No tiene precedente alguno el presente artículo, ni en nuestro antiguo derecho, ni en los proyectos de Código de 1851 y 1882; pero en algunos Códigos extranjeros sancionado se halla el mismo principio, encontrándose concordancias con su precepto en el art. 981 de los Códigos de Francia y Bélgica, en el 799 del de Italia, en el 1946 del de Portugal, en el 1047 del de Chile, en el 3678 del de la República Argentina, en el 3552 del de Veracruz, en el 3821 del de Méjico y en el 3678 del de la Baja California.

ARTÍCULO 718

Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y, no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

El presente artículo contiene diversas prescripciones complementarias de los dos anteriores, cuyo principal objeto es asegurar la efectividad de las disposiciones testamentarias á que estos últimos se refieren, y evitar todo género de suplantaciones, abusos y falsedades.

Con dicho fin, en el primer párrafo del mismo se adoptan las medidas más eficaces para la conservación y custodia de dichos testamentos, pues, como ha dicho un autor, desde el momento en que el testamento otorgado por un militar en campaña se eleva al Ministerio de la Guerra para su guarda, se da al testador la mayor garantía que puede darse de la buena custodia y de que, en caso de fallecimiento, ha de cumplirse estrictamente su última voluntad sin sofisticación de ningún género.

Desde luego se comprende que la obligación de remitir el *testamento* al cuartel general correspondiente, pesa sobre el oficial que hubiere intervenido en su otorgamiento, y, en su caso, sobre la persona en cuyo poder obre.

Esto no obstante, se han suscitado dudas acerca de la inteligencia de dicho precepto. Generalmente se ha creído que el mismo se refiere al testamento abierto, otorgado con arreglo al artículo 716, ó al cerrado, que regula el 717, cuando éste queda en poder del comisario de guerra que lo autorice, por estimarse que esos son los únicos casos en que puede darse cumplimiento al deber impuesto en el primer párrafo del artículo que examinamos, de elevar al cuartel general, para que éste lo haga al Ministerio de la Guerra, la disposición testamentaria correspondiente. Sin embargo, la generalidad de los términos con que empieza y la identidad de razón en uno y otro caso, no admiten excepción de ningún género, y, por lo tanto, la *disposición* citada es aplicable, como la misma dice, á *todos los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores*, ya queden en poder del oficial ó comisario de guerra que intervenga en su otorgamiento, según los casos, ya queden en poder del testador ó de la persona que éste designe.

Las circunstancias en que se encuentran ó pueden encontrarse unos y otros, aconsejan que no se expongan las disposiciones testamentarias á las contingencias que pueden sobrevenir á los individuos de un ejército en campaña, y por eso se exige el depósito de ellas en el Ministerio de la Guerra, para que, ocurrido el fallecimiento, se facilite su cumplimiento; no siendo la intervención del cuartel general más que la de intermediario entre el presentante y el indicado centro, en el cual han de conservarse hasta la muerte de los otorgantes. Podrá, á lo sumo, discutirse si deberá quedar hasta dicha ocasión en poder de la persona á quien el testador encomendara la guarda cuando no forme parte del ejército en campaña; pero aun en ese caso, y aunque se adoptara la solución más favorable al depositario, indudablemente vendría éste obligado á la presentación tan pronto como se tuviese noticia de la defunción, para que se diera cumplimiento á las demás prescripciones de este artículo, encaminadas á procurar la efectividad y cumplimiento de la última voluntad del finado.

Las mismas razones que aconsejan dicho depósito demuestran también la conveniencia de que se lleve á efecto á la mayor brevedad posible lo que se ordena en este artículo, á fin de evitar extravíos y falsedades, tan fáciles en esta clase de testamentos, por lo mismo que la especialidad y perentoriedad de las circunstancias en que se otorgan, no consienten la adopción de las precauciones ordinarias establecidas para los testamentos comunes. Téngase en cuenta que el precepto que comentamos no dice que la remisión del testanento se haga *inmediatamente* después de otorgado, sino *con la posible brevedad*, y estos mismos términos demuestran que la disposición citada no se refiere sólo á los casos en que el testamento quede en poder del oficial ó comisario que intervenga en su otorgamiento, pues en ese caso hubiera preceptuado que inmediatamente se remitieran, como era lo lógico; sino que es extensiva además á los casos en que quedare en poder del testador ó de una tercera persona á quien aquél encomendara la guarda, que son á los que pueden contraerse únicamente los términos de posible brevedad usados en dicha disposición. En su virtud, si el testamento quedó en poder del otorgante y falleció antes de que él lo remitiera al cuartel general, deberá hacer dicha remisión tan pronto como fuere hallado, y si obrare en poder de tercera persona, en seguida que ésta tenga noticia del fallecimiento, para que por el Ministerio de la Guerra pueda ordenarse lo procedente de conformidad al párrafo 2.º de este artículo. Los términos con que empieza dicho segundo párrafo confirman también esta opinión, puesto que admiten la hipótesis de que el testador hubiere fallecido al recibirse en dicho centro la disposición testamentaria.

Por estas razones no estamos conformes con la opinión de aquellos comentaristas que entienden que el precepto del párrafo 1.º del artículo que examinamos se contrae tan sólo al caso de que el testamento obre en poder del oficial ó comisario de guerra autorizante del testamento, y que la remisión citada ha de hacerse siempre en vida del testador.

Para apreciar lo que en cada caso debe entenderse por cuartel general, dada la diversidad de ellos, debe estarse á lo dispuesto en los arts. 10 y 16 del reglamento para el servicio de campaña de 5 de Enero de 1882.

La disposición de que tratamos no ha reproducido expresamente la sanción establecida en enteriores artículos para casos análogos, relativa á la responsabilidad en que pudiera incurrir por demora en la presentación del testamento el que tuviere la obligación de hacerlo. Por este motivo ha sido censurada dicha disposición, en el sentido de que ninguna eficacia puede llegar á tener el deber establecido, si á la vez no se impone la sanción eficaz que obligue á su cumplimiento.

Pero la remisión del testamento al cuartel general para su custodia en el Ministerio de la Guerra, no se encuentra en el mismo caso que la presentación de la disposición testamentaria para la elevación á escritura pública, ó para su apertura ó protocolización después de ocurrido el fallecimiento, que es á lo que se refiere la responsabilidad que se cita, y aunque existiera identidad de casos, tampoco serían iguales las circunstancias en uno y otro, y obedeciendo sin duda á estas consideraciones, el legislador no ha reproducido aquí dicha sanción.

No se crea por esto que se halla exenta de responsabilidad la omisión ó el incumplimiento de ese deber, puesto que siempre quedaría sujeto, el que en dicha falta incurriese, á la sanción del artículo 1902, si por ello se ocasionase algún daño á los interesados en el testamento, y aun en su caso podría haber lugar á la responsabilidad penal correspondiente.

El precepto del párrafo 1.º del presente artículo es común, según hemos dicho, al testamento abierto y al cerrado, que el militar puede otorgar con arreglo á los artículos 716 y 717. Por el contrario, los dos párrafos siguientes se refieren cada uno de ellos á una sola de las formas que puede revestir esta clase de testamentos contrayéndose el párrafo 2.º al testamento abierto, como lo demuestra la prevención de que ha de citarse á los herederos y demás interesados, y solicitarse la elevación á escri-

tura pública de la disposición testamentaria, y el 3.º al cerrado, según literalmente se dice en el mismo.

En ambos preceptos existe de común que, ocurrido el fallecimiento del testador, el Ministro de la Guerra debe remitir al juez competente la disposición testamentaria para lo que proceda con arreglo á su clase, y además, que en uno y otro caso debe proveer dicho juez de oficio para que no se dilate la efectividad y cumplimiento de la voluntad testamentaria por un tiempo indefinido, como pudiera ocurrir de tener que esperarse á que los interesados instasen lo procedente.

Es juez competente para entender en dichos actos el del último domicilio del difunto; y al llegar á este punto, los comentaristas de dicho artículo suelen promover dos cuestiones, de las cuales debemos ocuparnos con separación.

En primer lugar, dicen que el Código incurre en evidente contradicción al separarse en este artículo de la regla 22 al 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, admitida en anteriores preceptos, para determinar la competencia de los jueces que deben intervenir en la elevación á instrumento público, y en la apertura y protocolización de los testamentos comunes, según la que es juez competente para conocer de dichos actos el del lugar en que hubiere sido otorgado el testamento. Pero fácilmente se comprende que en el presente caso no puede regir el mismo principio, pues hechos estos testamentos en campaña, pudiera ocurrir que el ejército de que formase parte el testador estuviese en país extranjero ó donde no alcanzase la jurisdicción ordinaria civil, y ante esta eventualidad, la ley ha tenido que seguir otro criterio, que á la vez es también el más racional en estos casos, pues la estancia del militar en el lugar del otorgamiento del testamento hecho en campaña es puramente accidental, y donde se supone que debe tener su familia, sus intereses, sus afectos y relaciones, es en el punto del cual saliera para ir á la campaña, y por lo tanto, allí es donde con más facilidad podrá proveerse á la efectividad y realización de la voluntad testamentaria. Por eso el Código, en estas circunstancias especiales, se aparta de

aquella regla, pero sin incurrir en contradicción de principios, pues los mismos en que se funda la regla 22 citada son los tenidos en cuenta para fijar la competencia respecto de estos testamentos en el último domicilio del otorgante.

Para la determinación del domicilio habrá de estarse á lo dispuesto en los artículos 40 del Código y 68 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Si el testamento es abierto, deberá citarse *de oficio* á los herederos y demás interesados en él para que soliciten la elevación á escritura pública; y si fuere cerrado, se entenderán las diligencias de la apertura con el Ministerio fiscal en representación de aquéllos, dándoseles después conocimiento de él una vez abierto. En ambos casos, citados los interesados ó dado á ellos conocimiento del testamento cerrado, se deberá proceder en la forma establecida por la ley de Enjuiciamiento civil en cuanto fuere compatible, y se protocolizarán los testamentos con arreglo á lo prevenido en dicha ley.

Por la intervención y aprobación de la autoridad judicial adquieren estos testamentos el carácter de documento auténtico, y así lo tiene declarado la Dirección general de los Registros en resoluciones de 30 de Mayo de 1877 y 25 de Octubre de 1884.

Con ocasión de este artículo tratan también algunos comentadores del Código de la competencia de la jurisdicción de Guerra para conocer de la prevención de los juicios de testamentaría y abintestato de los militares y aforados de guerra, antes y después del decreto sobre unificación de fueros; y examinan dicha cuestión con arreglo á la diversa legislación constituída sucesivamente por los Reales decretos de 6 y 31 de Diciembre de 1868, por la ley orgánica del Poder judicial, por las leyes de Enjuiciamiento civil y militar y por el Código de Justicia militar de 27 de Septiembre de 1890, que si bien en su art. 11 declaró competente á dicha jurisdicción especial para conocer en materia civil de los testamentos otorgados por militares pertenecientes á ejército en campaña ó en país extranjero, redujo, sin embargo, dicha competencia á los límites determinados en

los artículos 716 al 721, ambos inclusive, del Código civil. Por consecuencia de tal declaración, se halla hoy fuera de oportunidad en este comentario dicha cuestión, y por lo tanto, debemos prescindir de ella en el examen que hacemos del presente artículo.

El proyecto de 1851, en su art. 575, estableció precepto análogo, y el de 1882, en su art. 716, es igual en un todo al actual, y concuerda además este artículo con el 801 del Código de Italia, el 1946 del de Portugal, el 3677 del de la República Argentina, el 3821 y 3822 del de Méjico, el 3522 y 3523 del de la Baja California y algunos otros.

ARTÍCULO 719

Los testamentos mencionados en el art. 716, caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Este artículo comprende también una disposición complementaria de las que regulan el testamento militar otorgado en campaña, pues se refiere única y exclusivamente al abierto.

Conforme á la Real cédula de 28 de Abril de 1739, el testamento militar hecho en campaña no valía ni surtía efecto alguno una vez terminada ésta, ni excusaba al testador de otorgar otro con todas las solemnidades legales luego que pasare á poblado. Pero, como tenemos ya dicho, esa Real cédula fué derogada por la ley 7.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, y por las demás disposiciones posteriores citadas en las indicaciones con que comenzamos el estudio de esta sección.

El Código también ha seguido en este caso, como en el del artículo 703 el criterio de fijar un plazo, relativamente corto, para la subsistencia del testamento especial, aun después de cesar la anormalidad á que debe su origen, por las razones que expusimos al comentar el párrafo 1.º del citado art. 703.

Difieren casi todas las legislaciones en la fijación del plazo que debe señalarse para la caducidad de estos testamentos. Se-

gún los Códigos de Francia y Bélgica, el término para la validez y eficacia es el de seis meses, á contar desde que el testador hubiere vuelto á sitio en que pudiere testar observando las formalidades ordinarias: con arreglo al Código italiano, dicho plazo es de tres meses en iguales circunstancias: otros, como el portugués y el mejicano, lo reducen á un mes, y en cambio el de Baviera lo amplía á un año.

Además, esos Códigos declaran la nulidad por el transcurso de dichos plazos, y en cambio, el nuestro se limita á establecer la caducidad; es decir, el testamento seguirá siendo válido, pero ineficaz, por haber caducado, lo cual es más lógico y jurídico.

La razón de que este precepto se refiera tan sólo à los testamentos militares abiertos, consiste en que los testamentos cerrados, por la clase de solemnidades que en ellos se observan, según el art. 717, adquieren cierto carácter definitivo y permanente, y vienen á ser como verdaderos testamentos comunes, toda vez que no se diferencian de ellos más que en la persona que ha de desempeñar las funciones notariales.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 576, estableció análogo precepto, siendo igual al presente el art. 717 del proyecto de 1882. Concuerda, además, el artículo que examinamos, con el 984 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 803 del de Italia, el 999 del de Holanda, el 1945 del de Portugal, el 3823 del de Méjico, el 3554 del de la Baja California, el 3676 del de la República Argentina, el 910 del de Nápoles, el 787 del de Guatemala, el 1044 del de Chile, el 894 del de Veracruz, el 4.º del capítulo 4.º, libro 3.º, del de Baviera, y algunos otros, aunque con las diferencias ya indicadas acerca del término, cuyo lapso ha de privar á dichos testamentos de eficacia.

ARTICULO 720

Durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718.

ARTÍCULO 721

Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

En los artículos anteriores de esta sección, comprendidos desde el 716 al 719 ambos inclusive, el Código trata de los testamentos de los militares en la segunda de las situaciones ó circunstancias en que pueden ser otorgados, es decir, estando en campaña, aunque fuera de peligro de acción de guerra, y siguiendo el orden establecido, regúlanse después en los dos artículos á que este comentario se contrae los testamentos hechos en la tercera de dichas situaciones, ó sea en aquellos momentos de próximo peligro, derivado de las eventualidades de la guerra.

Para que tengan aplicación dichos artículos no basta estar en campaña, sino que es indispensable la concurrencia de ese otro requisito que determina la situación indicada, cual es el peligro actual ó próximo proveniente de acción de guerra ó el riesgo á que por consecuencia de él pueda estar expuesto el testador. Los casos demostrativos á que se refiere en su principio el artículo 720 para la determinación de las circunstancias en que pueden ser otorgados los testamentos á que estos artículos se refieren, alejan por sí toda duda; pero aun mayor precisión adquiere el concepto al generalizarse su precepto á *todo peligro próximo de acción de guerra*, cualquiera que éste sea.

Se ha discutido por algunos comentadores del Código si el artículo 721 se refiere ó no á los mismos casos á que se contrae el 720, ó si, por el contrario, es extensivo su precepto á todos los testamentos cerrados otorgados por los militares en campaña, cualesquiera que sean las circunstancias ó la situación en que el testador se encontrare al tiempo de su otorgamiento. Pero las indicaciones que tenemos ya hechas respecto á las diversas condiciones en que pueden ser otorgados los testamentos militares y los mismos términos con que comienza el texto del citado artículo 721, resuelven dicha cuestión y demuestran clara y evidentemente que su precepto es consecuencia del anterior y que hace relación al mismo estado y á las mismas circunstancias que dicho art. 720.

En esos momentos de inminente peligro, el testador puede indistintamente usar una de las dos formas admitidas también para los militares en campaña cuando no hubiere dicho peligro, y por lo tanto, podrán otorgar testamento abierto ó cerrado, según tuvieren por conveniente. Para el primero de dichos casos se halla establecido el art. 720, y para el segundo, el 721.

Del estudio comparativo de las diversas prescripciones de esta sección, se deduce fácilmente la observación indiscutible de que, á medida que las circunstancias son más apremiantes y mayor el peligro ó el riesgo que el militar puede correr, el legislador va disminuyendo las solemnidades, con objeto de que puedan ser ordenadas y respetadas las últimas voluntades de aquéllos, que por la especial situación en que se encuentran, no pueden cumplir las formalidades ordinaria y comúnmente exigidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias. Y conforme con ese criterio ha relajado el Código dicha observancia en el presente caso, hasta el extremo de permitir que se otorgue verbalmente y ante sólo dos testigos.

Unicamente, en el caso de que el testador prefiera que su disposición quede reservada, y use con tal objeto la forma del testamento cerrado, será cuando no pueda disfrutar de esa facilidad que hemos indicado, pues por la naturaleza y condiciones

de dicha clase de testamentos, la ley no ha querido proceder con la misma laxitud ni aun en peligro próximo de muerte.

Ya en otra ocasión hemos dicho que estos testamentos revisten cierto carácter de permanencia, que ha hecho que el legislador los rodee de mayores solemnidades ó garantías que le hacen aproximarse más á los comunes, y por eso, aun á riesgo de hacer menos frecuente su uso, el Código ha exigido para los mismos la observancia de las reglas establecidas para todos los testamentos cerrados, si bien ha reducido el número de las personas necesarias para su autorización, sustituyendo al notario por un oficial del ejército, y exigiendo tan sólo la presencia de dos testigos, en vez de los cinco que deben concurrir en el testamento común.

La premura propia de todo peligro inminente de muerte y la imposibilidad de abandonar el ataque ó la defensa para escribir el testamento, justifica la excepción consignada en el art. 720 respecto del testamento abierto otorgado en dichas cercunstancias, facultando al testador para consignar su voluntad verbalmente y no exigiendo condición determinada alguna respecto de los testigos que hayan de intervenir en dicho acto.

Hasta aquí, el legislador al hablar de los testigos de los testamentos, incluso los de los testamentos militares hechos en campaña, á que se refieren los arts. 716 y 717, exigía siempre la condición de que fueran idóneos; pero en el 720 prescinde de dicha determinación, y no se califica ni se exige condición alguna á los testigos, omitiendo la cualidad de idóneos requerida en los demás casos.

Esa omisión no puede imputarse á olvido, sino á propósito é intención deliberada, y tiene plena justificación en las circunstancias en que se otorgan dichos testamentos, pues sería extremadamente absurdo exigir en momentos de tan grave peligro, que el testador se detenga á buscar testigos que reunan determinadas condiciones. Sin embargo, la generalidad de los tratadistas consignan dos excepciones ó incapacidades, con las cuales estamos en un todo conformes. Estas se refieren á los casos

siguientes: 1.º, cuando el testigo no entienda al testador, ya por no conocer el idioma ó el dialecto usado por éste, ya por ser sordo ó por cualquier otro motivo; y 2.º, cuando el testigo fuere menor de diez y seis años.

La primera de dichas incapacidades se halla plenamente justificada con la mera exposición de la misma, pues precisamente en los testamentos verbales no hay otro medio de que conste lo ordenado por el testador, hasta la elevación á instrumento público ó escrito, más que el que los testigos oigan al mismo testador y entiendan lo que éste diga ser su última voluntad, y mal pueden enterarse de ello los que por algunas de las causas citadas no entiendan al testador y no sepan, por lo tanto, lo que éste hubiere dispuesto.

La segunda de dichas incapacidades se halla establecida también por el Código para circunstancias análogas en el art. 701, ó sea para el testamento otorgado en tiempo de epidemia; y por las mismas razones, tenidas en cuenta para dicho caso, hay que considerar aplicable esta incapacidad en el presente, aunque el art. 720 no lo haya consignado expresamente.

Pero por lo mismo que el legislador ha concedido tantas facilidades, llevado del propósito de que no fallezca intestado el que en tales circunstancias se encontrare, los más elementales deberes de prudencia aconsejaban que, cesado el peligro, quedase ineficaz el testamento ó se formalizase mediante las debidas solemnidades, según los casos, para evitar los abusos que por no hacerlo así pudieran cometerse. A este fin obedecen los preceptos consignados en los párrafos 2.º y 3.º del citado artículo 720.

Por el primero de ellos se declara ineficaz el testamento así otorgado, si el testador se salvare del peligro en que testó; y no podemos menos de considerar acertada dicha prevención, por razones bien obvias y de sentido común. En su virtud, una vez pasado el peligro, el testador, si se hubiere salvado de él, deberá otorgar nuevo testamento con las formalidades debidas, aunque sea en los términos establecidos en los artículos 716 y 717,

en el caso de continuar en campaña, si no quiere morir abintestato.

Se ha dicho que al establecer el Código la declaración de ineficacia, á que dicho párrafo 2.º se refiere, incurría en contradicción con el precepto del art. 703, establecido para casos análogos, pero no existe razón alguna de identidad entre los testamentos autorizados por los artículos 700 y 701, y el otorgado en peligro actual ó próximo de acción de guerra, siendo en aquéllos excepcional lo que en éstos es general, y constituye la razón del precepto que examinamos, cual es el otorgamiento verbal, y la imposibilidad de fijar de una manera indeleble y segura la voluntad del testador, en la memoria agitada de los que intervienen en la autorización de dichos testamentos.

Aunque sucumba el testador á consecuencia del peligro en cuya consideración testó, no por eso será eficaz la disposición así otorgada, si no se lleva á efecto la formalización prevenida en el párrafo 3.º, la cual equivale á la elevación á instrumento público, exigida para la eficacia de los testamentos otorgados por los no militares en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.

Como estos testamentos, el otorgado en las circunstancias que expresa el art. 720 es puramente condicional, y su eficacia depende del cumplimiento de las dos condiciones citadas, es decir, de que fallezca el testador dentro del peligro en que fué otorgado, y de que se formalice en los términos expresados en dicho artículo, pues hasta entonces la disposición verbalmente hecha no viene á ser considerada más que como mero antecedente para la consignación de la última voluntad, la cual ha de ser preparada en la forma prevenida en el párrafo 3.º

El artículo que examinados no establece plazo alguno para dicha formalización; pero excusado es decir que habrá de tener lugar á la mayor brevedad, no sólo por exigirlo así las circunstancias y la necesidad de evitar alteraciones ú olvidos, sino también porque es precepto expreso del art. 718, mandado cumplir por el 720 citado; toda vez que no es posible remitirlo al

cuartel general con la premura que el mismo exige, sin que á la mayor brevedad se formalice.

Una vez formalizado el testamento, deberá cumplirse lo ordenado en dicho art. 718, remitiendo la disposición testamentaria al cuartel general, por el que será elevado al Ministerio de la Guerra, y éste lo pasará al juez del domicilio á al decano de los de Madrid, para que se cite á los herederos y demás interesados, y por éstos se solicite la protocolización.

Si fuere cerrado el testamento, otorgado en las condiciones á que se refieren los dos artículos objeto de este comentario, ha de observarse lo prevenido en los arts. 706 y 707, á cuyo comentario nos remitimos para abreviar, si bien en vez de cinco, serán dos los testigos, los cuales habrán de ser idóneos, y en lugar del notario público intervendrá en el otorgamiento un oficial del ejército que, cuando menos, tenga la categoría de capitán.

Se ha discutido si estos testamentos cerrados son también provisionales como los abiertos, ó si, por el contrario, deben estimarse como definitivos. Algunos, fundándose en el precepto del art. 730, y aplicándolo por analogía al testamento militar, entienden que están sujetos á caducidad; y otros suponen que, siendo las mismas las circunstancias en que se otorgan en estos casos los testamentos abiertos y los cerrados, deberían hacerse extensivas á éstos las disposiciones de los párrafos 2.º y 3.º del 720, toda vez que obedecen á una recomendable razón de prudencia, de utilidad en ambas clases de disposiciones testamentarias. Pero el art. 720 sólo se refiere á los testamentas verbales, y el 719, á los abiertos otorgados según el 716, y, por lo tanto, ninguna de dichas prescripciones se contrae á los cerrados, ni hay tampoco razón de analogía que autorice la aplicación á ellos de dichos preceptos. Por el contrario, en los testamentos cerrados, tanto en una como en otra de dichas situaciones, vienen á observarse casi todas las solemnidades de los comunes; y no hay, por consiguiente, motivo alguno que pueda justificar el que se les prive de las condiciones de permanencia que esta circunstancia les confiere.

Aunque no lo dice el art. 721, desde luego se entiende que, una vez otorgado el testamento, deberá cumplirse lo dispuesto en el art. 718, en los mismos términos que expusimos en el comentario de dicho artículo, respecto de los testamentos cerrados, á que se refiere el 717.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 577, y el de 1882, en el 718, respectivamente, establecieron preceptos análogos á los consignados en el primero de los examinados en el presente comentario, y concuerda, además, el mismo, con el 1103 del Código de Colombia, el 1046 del de Chile, el 3818 del de Méjico, y al 3549 del de la Baja California.

En cuanto al art. 721, no tiene precedente en el proyecto de Código de 1851; pero el de 1882 estableció preceptos análogos en el 719, y concuerda además con el art. 1047 del Código de Chile, el 3819 del de Méjico, el 3550 del de la Baja California, el 1104 del de Colombia y algunos otros.

SECCIÓN OCTAVA

DEL TESTAMENTO MARÍTIMO

En el art. 677 dijimos que uno de los testamentos considerados como especiales era el marítimo, y en la sección presente, siguiendo el orden establecido, consigna el Código las reglas por que se rige esta excepcional forma de testar.

En la legislación romana algún principio se encuentra de la especialidad de estos testamentos en la ley 1.ª, párrafo 1.º, título 13, libro 37 del Digesto, según la que los pilotos, los capitanes de la armada, los remeros, marineros y los que velaban de noche en las naves, podían testar por derecho militar; y en nuestro derecho también se halla algún precedente en las Ordenanzas de la Armada de 1748, cuyo art. 4.º, tít. 6.º de su tratado 6.º, autorizaba para testar á bordo, de palabra ó por escrito, ante dos ó tres testigos, concurriendo al acto, si fuera posible, el contador del barco ó quien ejerciera sus funciones.

La costumbre venía equiparándole al testamento militar, con

el que tiene gran analogía, y esto mismo venían á hacer las Ordenanzas de la Armada, puesto que la forma adoptada por éstas era la misma establecida para los testamentos militares en campaña, con la única diferencia de la condición de la persona que había de intervenir en su autorización; pero hasta la publicación del Código civil no había sido regulada de una manera completa y metódica la ordenación y eficacia de las últimas voluntades otorgadas en alta mar.

Atendiendo dicho cuerpo legal á la analogía de las situaciones en que pueden hallarse los militares y los marinos, ha introducido también un testamento especial marítimo, á semejanza del militar, basado, no en el privilegio, sino en la necesidad.

En efecto; en análogos y aun mayores peligros que el militar en campaña, tienen que arrostrar los marinos y demás personas que naveguen en una embarcación, y puede en realidad decirse que la misma razón justifica ambas clases de testamentos, á saber: la necesidad inmediata de testar por el peligro inminente de muerte.

Discuten los comentadores del Código, si el testamento especial marítimo puede revestir ó no todas las formas admitidas para los comunes. Algunos entienden que, dada la naturaleza especial de esa clase de testamentos, las circunstancias en que se halla el testador, y las dificultades que las mismas han de oponer al otorgamiento del ológrafo, sólo pueden testar los marinos y personas embarcadas con arreglo á las formalidades establecidas para los testamentos abiertos y los cerrados, y de ningún modo pueden utilizar la forma ológrafa. Otros, por el contrario, opinan que pueden revestir estos testamentos las tres formas indicadas, pues si bien para la forma ológrafa podría ser una dificultad la imposibilidad de proporcionarse á bordo el papel sellado del año del otorgamiento, entienden que en estos casos debería prescindirse de dicho requisito, exigido en el artículo 688 para los testamentos comunes, puesto que no afecta á la esencialidad de la disposición testamentaria, y sólo constituye una medida de precaución ó un medio de dar autenticidad

al testamento, que en el marítimo se halla suplido por la mención que de él ha de hacerse en el diario de navegación, según previene el art. 724.

Los marinos y navegantes, como los militares y los demás ciudadanos, pueden hacer uso de todas las formas testamentarias establecidas para los testamentos comunes, y si bien en algunas ocasiones la especialidad de las circunstancias hace que la ley conceda medios y facilidades especiales también para la ordenación de las últimas voluntades, esto no obsta á los derechos y facultades que les asisten para optar por la forma común ó por la especial, y por lo tanto, hay que reconocer que el testamento otorgado por los marinos y demás personas embarcadas á bordo puede ser abierto, cerrado y ológrafo.

Así lo ha reconocido también el Código, el cual, en sus artículos 724 y 729, habla expresamente de los testamentos ológrafos, y dispone lo que debe hacerse en el caso de haberse testado en esta forma, lo cual implica la posibilidad de hacerlo, dando por resuelta dicha cuestión.

La especialidad de los testamentos marítimos abiertos y cerrados, consisten: 1.°, en la reducción del número de testigos, puesto que sólo requieren la presencia de dos testigos idóneos, en vez de los tres que son necesarios para los comunes en la primera de dicha forma ó de los cinco que han de concurrir en la segunda; 2.°, en la sustitución del notario por el contador ó por el capitán, ó quien haga sus veces, ó por quien sustituya á uno y otro; y 3.°, en que están sometidos á caducidad, quedando ineficaces pasados cuatro meses, á contar desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria. En cuanto á los testamentos marítimos ológrafos, ya nos ocuparemos en lo que puede constituir su especialidad al examinar el art. 729.

Réstanos indicar, que así como en el testamento militar el Código reconoce dos situaciones distintas, una de mayor peligro que otra, del mismo modo también en el marítimo establece dos situaciones ó circunstancias diferentes, según que hubiere ó no

peligro de naufragio. Cuando no le hubiere, habrá de ajustarse el testamento á la forma establecida en el art. 722; y por el contrario, cuando exista dicho peligro, habrá de estarse á lo dispuesto en el 731, siendo aplicable entonces lo ordenado para los militares en el 720.

ARTÍCULO 722

Los testamentos, abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.º B.º

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán, ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el art. 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos é intervención del Notario.

ARTÍCULO 723

El testamento del Contador del buque de guerra y el del Capitán del mercante serán autorizados por quien deba sustituirlos en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

ARTÍCULO 724

Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán, y se hará mención de ellos en el Diario de navegación.

La misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

En estos artículos se establecen las reglas que han de ser observadas en el testamento marítimo, que pudiéramos llamar ordinario, ó sea aquel que es otorgado en navegación tranquila y sin que exista peligro de naufragio. Las circunstancias especiales de esta clase de testamentos impide que se reconozcan las tres situaciones que expusimos al tratar del militar: pues alejado el navegante del lugar de su domicilio, sin notario á quien acudir para que intervenga en el otorgamiento, y en ocasiones hasta sin testigos de conocimiento, imposible de todo punto es que el testador pueda cumplir las formalidades establecidas para los testamentos comunes abiertos ó cerrados, y aun para otorgar el ológrafo habrá de encontrar dificultades que impidan la exacta observancia de las prescripciones del art. 688. Y como, por otra parte, resultaría injusto en alto grado privar de la testamentifacción activa á los marinos y navegantes hasta que se hallaren en condiciones de guardar y respetar dichas solemnidades, por existir constantemente el peligro más ó menos remoto de muerte, la ley ha tenido en cuenta esa situación especial en que ordinariamente han de hallarse las personas que en viaje marítimo vayan á bordo, y ha dictado para dicho caso las reglas establecidas en los artículos de este comentario.

Según de ellas resulta, el testador puede otorgar testamento abierto, cerrado y ológrafo; pero los dos primeros están sujetos á prescripciones especiales, de modo que en los testamentos marítimos no puede darse el caso de que se observen las formas de los comunes más que en el ológrafo, pues aun cuando en la misma embarcación navegara algún notario y se encontraran testi-

gos en condiciones apropiadas, aquél no reuniría la condición de *hábil*, por no estar dentro de su demarcación, ni podría protocolizar el testamento abierto, ni copiar en el registro reservado la carpeta ó el acta del otorgamiento en los cerrados.

Por lo tanto, la primera forma admisible en estos testamentos, es la señalada en el art. 722, el cual, en resumen, viene á aplicar á los mismos las reglas establecidas para el testamento militar, con la única diferencia de la persona que ha de ejercer las funciones notariales, y de la mayor garantía que presta la intervención del comandante del buque, cuando el testamento fuere otorgado en barco de guerra, cuyo comandante ha de poner su visto bueno en el otorgado ante el contador ó quien ejerciera su cargo.

Como la necesidad que motiva la especialidad de estos testamentos subsiste lo mismo en los viajes hechos en barcos de guerra, que los que se llevan á efecto en buques mercantes, el Código ha tenido que ocuparse de ambos casos, y habida consideración á la distinta organización de los buques, ha encomendado al capitán de los mercantes el otorgamiento, como la persona más idónea para ello, así como en los de guerra confiere dicha intervención al contador, que por razón de su cargo, por sus estudios y por otros motivos, es el que en mejores condiciones se halla para el desempeño de dicha misión.

En uno y otro caso, dice el Código, que sean *idóneos* los testigos que intervengan; pero desde luego se comprende que dicha cualidad no debe entenderse en los mismos términos que expusimos al tratar de los testamentos comunes, ni ha de regularse por el art. 681, pues entre la tripulación ó los pasajeros de la nave es posible que no se encuentre quien reuna tales circunstancias.

Repetimos aqui lo dicho acerca de este particular al examinar el testamento militar, por ser de perfecta aplicación á este caso, y por lo tanto, entendemos que puede ser testigo cualquier tripulante ó pasajero, siempre que no fuere menor de dieciséis años, ó no incurra en la incapacidad de no poder ver y enten-

der al testador, ya por ser ciego ó sordo, ya por alguna otra causa, ó no pueda expresar lo que éste manifestare por ser mudo.

El art. 723 viene á llenar una necesidad accidental, y su precepto es de tan buen sentido y tan conforme se halla con lo que la razón dicta, que no puede ofrecer duda, ni necesita comentario alguno su precepto.

El 724 tiene por objeto determinar lo que debe hacerse para la conservación y custodia de los testamentos abiertos, y para la constancia del otorgamiento de los cerrados y de los ológrafos, como medios de evitar extravíos en el primer caso, y de asegurar en todos ellos la efectividad de la disposición testamentaria. Sin embargo, dada la índole reservada del testamento ológrafo, no será posible hacer mención de él en el diario de navegación sino cuando el mismo testador lo solicite; pero si éste fallece durante el viaje, el comandante ó capitán del buque deberá recoger dicho testamento y anotarlo en el diario, con lo demás que previene el art. 729.

Respecto á la conservación y custodia de los testamentos otorgados en los buques de guerra, ya el art. 15 del tít. 6.º del Tratado de las Ordenanzas de la Armada antes citadas, prevenía que el contador llevase un libro en que escribiera los testamentos, los cuales, según una Real orden de 14 de Agosto de 1751, deben ser guardados por el oficial de órdenes. En cuanto á los buques mercantes, el núm. 10 del art. 612 del Código de Comercio vigente, reproduciendo sustancialmente el 647 del de 1829, consigna como obligación del capitán de la nave el poner á buen recaudo y custodia todos los papeles y pertenencias del individuo de la tripulación que falleciere en el barco, formando inventario detallado, con asistencia de los testigos pasajeros ó, en su defecto, tripulantes.

El libro en que se manda hacer mención de los testamentos otorgados á bordo, es sin duda alguna el primero de los tres que, según el núm. 3.º del citado art. 612, deben llevar los capitanes de los buques, puesto que es el designado con dicho título, de-

nominándose los otros *de contabilidad* y *de cargamento*, respectivamente.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 578, y el de 1882, en el 720, proponían preceptos análogos á los del 722 del Código vigente, si bien el segundo de ellos es el que más conforme se halla con éste; y concuerda además dicho artículo con el 988 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 791 del de Italia, el 1594 del de la Luisiana, el 994 del de Holanda, el 3679 y el 3683 del de la República Argentina, el 1048, 1051 y 1055 del de Chile, el 3824 y 3825 del de Méjico, el 3555 y 3564 del de la Baja California, el 1948 y 1949 del de Portugal, el 785 del de Guatemala, el 779 y el 785 del de Uruguay.

En cuanto al 723, también se hallaban conformes con su precepto el art. 579 del proyecto de 1851 y el 721 del de 1882, concordando además con el art. 792 del Código de Italia, el 989 de los de Francia y Bélgica, el 780 del de Uruguay, el 1590 del de Portugal, el 3557 del de la Baja California, el 3826 del de Méjico y algunos otros.

Finalmente, por lo que se refiere al art. 724, establecieron también preceptos análogos los proyectos de Código de 1851 y de 1882, en sus artículos 580 y 723, respectivamente, y concuerda además con el 795 del Código de Italia, el 1952 del de Portugal, el 1049 del de Chile, el 3827 del de Méjico, el 3680 del de la República Argentina, el 3558 del de la Baja California, el 993 de los de Francia y Bélgica, y el 1106 del de Colombia.

ARTÍCULO 725

Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho Agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las

mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso será autorizada por el Contador ó Capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministro de Marina, quien mandará que se deposite en el Archivo de su Ministerio.

El Comandante ó Capitán que haga la entrega recogerá del Agente diplomático ó consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ella en el Diario de navegación.

ARTÍCULO 726

Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe al primer puerto del Reino, el Comandante ó Capitán entregará el testamento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marítima local, con copia de la nota tomada en el Diario; y, si hubiere fallecido el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá todo sin dilación al Ministerio de Marina.

ARTÍCULO 727

Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el art. 718.

ARTÍCULO 728

Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro de Marina re-

mitirá el testamento al de Estado para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

ARTÍCULO 729

Si fuere ológrafo el testamento y durante el viaje falleciera el testador, el Comandante ó Capitán recogerá el testamento para custodiarlo, haciendo mención de ello en el Diario, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en la forma y para los efectos prevenidos en el artículo anterior, cuando el buque arribe al primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si lo conserva en su poder el testador al tiempo de su muerte.

En estos cinco artículos minuciosamente se establecen las reglas que, según los casos, deben observarse para la conservación de los testamentos marítimos y para la efectividad de sus disposiciones. Los riesgos á que dichos testamentos se hallan expuestos durante la navegación, exigen que se adopten cuantas precauciones sean posibles para asegurar el cumplimiento de la última voluntad de los testadores, y á este fin obedecen las prescripciones contenidas en dichos artículos.

Ninguna de ellas ofrece dificultad, á nuestro juicio, y todas tienden á un mismo objeto: el evitar fáciles extravíos, ocultaciones, pérdidas ó suplantaciones durante la travesía, á cuyo efecto establécese en todas ellas, como medio eficacísimo, la entrega, ya del testamento original, ya de la copia correspondiente, en el primer puerto á que arribe la embarcación.

Hemos agrupado esos cinco artículos, porque de su enlace aparece claramente demostrado todo el sistema que el Código ha estimado conveniente establecer, en relación con los diversos casos que pueden ocurrir, y además porque al estudiarlos con separación, prescindiendo de la relación que entre sí guardan, han incurrido en error algunos comentaristas, suponiendo de-

fectos ó redundancias en las disposiciones de dichos artículos, que realmente no existen, según veremos más adelante.

Algunas legislaciones extranjeras exigen que se hagan dobles originales del testamento, con objeto de que uno de ellos pueda ser archivado, y prevenir así los peligros de la pérdida de cualquiera de las disposiciones testamentarias. Nuestro Código, para salvar los inconvenientes y dificultades de esa duplicidad de originales, dispone que se saque copia del testamento, si éste fuere abierto, y del acta de otorgamiento si fuere cerrado, con las firmas que previene el párrafo 2.° del art. 725, y así puede obtenerse el mismo resultado sin violar por ello el secreto de estos testamentos, toda vez que ha de dárseles curso en pliego cerrado y sellado, y que la expedición de la copia de dicha acta no tiene otro objeto que el de que exista noticia cierta del otorgamiento, para que no aparezcan muertos abintestato los que testaron á bordo en esa forma.

Dichas copias serán entregadas bajo recibo al agente diplomático ó consular de España, con certificación de la nota tomada en el diario de navegación, si el primer puerto á que arribe el buque fuere extranjero, para que dicho agente lo remita al Ministerio de Marina por el conducto correspondiente, que será el del Ministerio de Estado.

Y cuando el buque arribe á un puerto español, sea ó no el de su destino, el Comandante ó Capitán debe entregar á la autoridad marítima local, en pliego cerrado y sellado, el testamento original, sea abierto, ológrafo ó cerrado, y además copia de la nota tomada en el diario de navegación, y si hubiere fallecido el testador, certificación que lo acredite, para que dicha autoridad lo remita al Ministerio de Marina, todo conforme á lo prevenido minuciosamente en los artículos de este comentario.

Por examinar aisladamente el art. 725 con independencia de las reglas que le subsiguen y completan, se ha censurado el precepto del párrafo 3.° de dicho artículo, suponiéndose que incurre en evidente falta al ordenar en todo caso el depósito del testamento en el archivo del Ministerio de Marina, con lo cual se

impediría su cumplimiento, y resultaría ilusoria la disposición testamentaria, por permanecer ignorada si el testador hubiere fallecido antes de hacer la entrega, resultando innecesario dicho depósito. Los que así discurren creen que lo procedente sería que el Ministerio remitiese desde luego el testamento al juez del domicilio ó al decano de los de Madrid para que citase á los herederos é interesados, á fin de que éstos solicitaran la elevación á escritura pública si el testamento era abierto ú ológrafo, ó para que procediera de oficio á su apertura si era cerrado, como se halla dispuesto respecto del testamento militar.

Pero los que tal censura formulan no se han fijado, sin duda, en que la prescripción que echan de menos en el art. 725 está establecida en el 727, que tiene íntima relación con él, así como con el 726, resultando de la combinación de todos ellos que el párráfo 3.º del art. 725, como todo este artículo, sólo se refiere al caso de que el testador subsista al tiempo de hacerse la entrega, y, por el contrario, el 727 se contrae al caso de que hubiere fallecido el otorgante, y, por lo tanto, no adolece el primero de dichos artículos del defecto que se supone.

Otros cargos pudiéramos recoger, hechos con la misma sinrazón respecto de las disposiciones de esta sección, que ha sido una de las más censuradas por no tenerse en cuenta que la mayor parte de ellas son de mera relación para hacer aplicables á los testamentos marítimos las prescripciones reguladoras de los especiales otorgados por los militares, limitándose las restantes á establecer tan sólo las modificaciones ó alteraciones que las circunstancias propias de esta clase de disposiciones testamentarias hacían precisas, y de aquí la falta de claridad y de método que algunos tratadistas han creído encontrar en la presente sección.

Entendemos, sin embargo, que la refutación detallada de cada uno de dichos cargos resulta ya innecesaria después de las indicaciones hechas, y porque de la combinación y enlace de los artículos aparece con toda claridad justificado y con toda perfección establecido el sistema adoptado por el Código para conseguir los fines á que dichos artículos se refieren.

Según ellos, la entrega de la copia correspondiente, ó del testamento original en su caso, prevenida como medio de asegurar las disposiciones testamentarias y su cumplimiento, ha de tener lugar en el primer puerto de arribada, y no en el de destino ó de rendición del viaje. Dicho puerto de arribada puede ser extranjero ó nacional, y tanto en uno como en otro de dichos casos puede ocurrir que el testador haya fallecido ó no antes de la arribada; que el otorgante sea español ó extranjero, y que el testamento otorgado sea abierto, cerrado ú ológrafo. Además, si el puerto á que se arriba fuera extranjero, puede suceder también que haya en él agente diplomático ó consular de España, ó que no exista ningún funcionario de dicha clase. Para cada uno de estos diversos casos dan las reglas correspondientes los cinco artículos objeto de este comentario.

En el primero de dichos casos, es decir, cuando el puerto de arribada sea extranjero, y en él exista agente diplomático ó consular de España, si el testamento fuere abierto ó cerrado, y el testador español y no hubiese fallecido antes, tendrá aplicación completa el art. 725, observándose todo lo dispuesto en los cuatro párrafos del mismo.

En las mismas circunstancias que en el caso anterior, si el testador hubiere fallecido al tiempo de la arribada, serán aplicables los cuatro párrafos del art. 725, y además lo dispuesto en el art. 727, cuando en el Ministerio de Marina se reciba el testamento original. Tanto en uno como en otro de estos supuestos, sin perjuicio de la entrega indicada en el primer punto de arribada, luego que se llegue durante la navegación á algún puerto español, en el primero de ellos se entregará el testamento original á la autoridad marítima local, en la forma dispuesta en el art. 726, haciéndose constar en el primero de dichos casos si el testador ha desembarcado ó no en punto donde pudo testar en la forma ordinaria, y la fecha del desembarco para los efectos de la caducidad decretada en el art. 730.

En el caso de que el primer puerto de arribo sea extranjero y no exista en él agente diplomático ó consular, el comandante

del buque de guerra ó el capitán del mercante se abstendrá de hacer la entrega ordenada en los arts. 725 y 727, haya muerto ó no en la travesía el testador, y cualquiera que sea la forma adoptada para el otorgamiento.

Aunque el Código no lo dice de una manera expresa, esa es la solución que implícitamente se deduce de sus términos. Y no puede menos de estimarse así, puesto que el objeto de la entrega impuesta es para la remisión de la copia correspondiente al Ministerio de Marina por conducto de los funcionarios citados, y no disponiéndose en este caso de medio de comunicación oficial con dicho centro, no hay que practicar diligencia alguna, y, por lo tanto, habrá que esperar al arribo ó escala siguiente para proceder como corresponda según las circunstancias. En esto están conformes casi todos los Códigos. Los de Méjico y de la Baja California disponen que en dicho caso, si el testador desembarca en puerto extranjero donde no haya agente consular, y no se supiera después si había fallecido ni la fecha del fallecimiento, se proceda conforme á lo dispuesto para los ausentes é ignorados. Con arreglo á nuestro derecho, al hacerse en dicho caso la entrega, si el testador desembarcó antes en puerto donde pudo testar en la forma ordinaria, se hará constar el desembarco y su fecha, y los testamentos abiertos y cerrados que hubiere otorgado á bordo, caducarán á los cuatro meses con arreglo al artículo 730. La circunstancia de que desde el momento de su desembarco pudiera cambiar su voluntad, no es razón para que dejen de adoptarse las precauciones exigidas por la ley para la eficacia de estos testamentos, por si acaso pudiera llegar á ser eficaz el otorgado en dicha condiciones.

En el caso de que el puerto de arribo fuere nacional, y el otorgante español, hay que distinguir si falleció ó no en la navegación. Si no murió entonces, se aplicará el art. 726, entregándose por el jefe de la embarcación el testamento abierto original, y el cerrado si obrara en su poder depositado; ó en otro caso la copia del acta de otorgamiento de éste, con copia en una y otra hipótesis de la nota tomada en el diario de navegación. Y si falleció

en la travesía, entonces se entregará también, con certificación que lo acredite, el testamento abierto original, el cerrado que desde antes obrare en poder del jefe de la embarcación ó el que se recogiere por éste al fallecimiento si lo conservaba en su poder el testador, según el párrafo 2.° del art. 729, y el ológrafo que se hubiere recogido también de poder del testador después de su muerte, según el párrafo 1.° del art. 729, aplicable á la sazón.

En uno y otro caso, hecha la entrega, la autoridad local de marina lo remitirá todo al Ministerio del ramo, y éste, si el testador no hubiere fallecido, lo mandará depositar en su archivo para la debida seguridad, quedando sujeto el testamento abierto y el cerrado á la prescripción del art. 730. Si por el contrario, hubiere muerto el testador, se aplicará lo dispuesto en el artículo 727, lo mismo si el testamento es abierto que cerrado ú ológrafo, según el art. 729.

Al prevenir este artículo que si fuere ológrafo el testamento se entregue á la autoridad marítima local del primer puerto español á que arribe el buque cuando hubiere fallecido el testador, para los efectos prevenidos en el *artículo anterior*, se refiere sin duda alguna, no al 728, que únicamente trata del testamento otorgado por un extranjero, cuyo curso es distinto, sino al 727, que es el aplicable. Es evidente la errata, aunque no está corregida en el texto oficial.

Finalmente, en cualquiera de los diversos casos antes indicados, si el testador fuere extranjero, tendrá aplicación el artículo 728, y con arreglo á él, se observará lo dispuesto para cuando sea el testador español hasta la llegada del testamento al Ministerio de Marina, el cual, en vez de mandarlo al archivo para su depósito ó al juez del domicilio ó decano de los de Madrid según los casos, lo remitirá al Ministerio de Estado, para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda. Excusado es decir que, en este supuesto, la capacidad del testador se regirá por la legislación de su país, conforme al estatuto personal, y que la forma del testamento se regulará por el esta-

tuto formal con sujeción á las leyes españolas, según el principio *locus regit actum*, toda vez que el pabellón determina la territorialidad y el buque español es una prolongación de nuestra nación.

Hemos dejado para examen aparte el caso de que el testamento otorgado por el navegante fuere ológrafo y no hubiere muerto en la travesía el testador, porque según sea la solución que se adopte respecto de una cuestión primordial relacionada con su otorgamiento, será ó no preciso que se practique diligencia alguna en el primer puerto de arribada.

En esa cuestión no están conformes los tratadistas, y diversas son las opiniones mantenidas. Unos creen que las disposiciones de los artículos que examinamos, relativas á los testamentos ológrafos, se refieren al que el navegante llevare hecho ya al embarcar, y, por lo tanto, en su otorgamiento deberán observarse todas las prescripciones establecidas en el art. 688; pero esa opinión hay que desecharla desde luego, porque el testamento en dichas circunstancias otorgado no será marítimo, sino común, toda vez que lo fué antes de hallarse el testador en las condiciones que dan vida á la especialidad de esta clase de disposiciones testamentarias, es decir, antes de estar expuesto á los riesgos y peligros de la navegación.

El testamento ológrafo marítimo, como todos los que son materia de la sección presente, tiene que estar hecho á bordo, ó sea desde que el testador ingresa en la nave, que es cuando empieza la razón de la especialidad, hasta que sale de ella, por haber terminado el viaje, y, en su virtud, creemos que incurren en error los que mantienen la inteligencia citada.

Antes de la modificación introducida en el artículo 688 aun se suscitaba una cuestión importante. Sostenían algunos que debían observarse todas las prescripciones del artículo 688, regulador de esa forma de testar, inclusa la correspondiente á la clase de papel en que debían ser extendidos; de lo que deducían que el navegante sólo podría otorgar testamento ológrafo cuando á bordo hubiere papel sellado del año corriente. Otros, por

el contrario, estimaban que, en vista de la imposibilidad en que ordinariamente han de encontrarse los testadores para proveerse de papel sellado en alta mar, podía prescindirse de dicho requisito, pues exigir su observancia equivalía á privar al navegante del derecho de utilizar dicha forma, exigiéndole una cosa imposible.

Esta cuestión ha perdido hoy toda importancia, pues modificado el art. 688 en el sentido de no ser ya necesario, en caso alguno, que el testamento ológrafo se extienda en papel sellado, es claro que no cabe tal exigencia en el testamento marítimo cuando se adopte esa forma especial de testar.

El Proyecto de 1851, en sus arts. 581 y 582, y el de 1882, en el 724 al 728, ambos inclusive, establecieron preceptos análogos á los de los artículos que examinamos, y concuerdan, además, éstos: el 725 con el 1953 y siguientes hasta el 1957 inclusive del Código de Portugal, con el 1050 del de Chile, el 3681 del de la República Argentina, el 917 del de Nápoles, el 3828 al 3831 del de Méjico, y el 3559 al 3562 del de la Baja California; el 726 concuerda á su vez con el 992 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 796 y 797 del de Italia, el 782 del de Uruguay, el 1954 al 1956 del de Portugal, el 1050 del de Chile, el 3562 del de la Baja California y el 3831 del de Méjico; el 727 concuerda también con el 1559 del de Portugal y con algunos otros de los antes citados; el 728 no tiene precedentes en las legislaciones extranjeras, y en relación se halla con el art. 684 del presente Código, á cuyo comentario nos remitimos respecto á la necesidad de la intervención de dos intérpretes, que en el presente caso habrán de ser sacados del personal de á bordo; y el 729 concuerda á su vez con el 1054 del Código de Chile, el 3682 y 3683 del de la República Argentina, y los ya anteriormente citados de los de Méjico y de la Baja California.

ARTÍCULO 730

Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados con arreglo á lo prevenido en esta sección, caducarán pa-

sados cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria.

El testamento marítimo, como el militar, y como todos los especiales, está sujeto á caducidad, porque terminada la anormalidad que motiva la especialidad, debe cesar la excepción, volviéndose á las reglas y solemnidades ordinarias, si bien entre uno y otro estado suele concederse un intervalo de tiempo más ó menos largo al testador, á fin de que después de los riesgos ó peligros pueda adquirir la calma y la tranquilidad necesarias para volver á las condiciones normales en cuanto al orden y disposición de sus bienes, y para poder acogerse á las modalidades comunes en la ordenación de su voluntad, subsistiendo en el entretanto la eficacia del testamento especial otorgado en aquellas excepcionales circunstancias. Esa declaración es el objeto del presente artículo.

Este corresponde al precepto del 719, establecido para el testamento militar. La situación de derechos, la razón legal y el término fijado para la caducidad, son los mismos en uno y otro caso, y al comentario de dicho artículo nos remitimos, dando por reproducido lo entonces dicho, por ser de perfecta aplicación aquí, excepto en lo relativo á las clases de testamentos, pues la disposición del art. 719 sólo se contrae á los testamentos abiertos, mientras que el presente alcanza, no sólo á éstos, sino también á los cerrados, según literalmente se dice en el mismo.

La razón de esta diferencia estriba en la naturaleza misma del testamento marítimo, más transitorio y provisional aún, si cabe, que el militar; y en cuanto á los testamentos ológrafos, se comprende que no sea efectivo á ellos su precepto, porque en éstos puede decirse que casi no hay especialidad alguna, y como las solemnidades son las mismas en el testamento ológrafo común que en el especial marítimo, por eso no incurre en caducidad dicho testamento, ni le es aplicable tal artículo.

Casi todos los Códigos están conformes en conceder esa virtualidad transitoria á los testamentos marítimos después de terminado el viaje y de cesar las circunstancias que motivaran su especialidad: en lo único que difieren es en la fijación del término durante el cual ha de surtir esos efectos. Unos, como el francés, el belga, el italiano, el chileno, el napolitano y el de la República Argentina, fijan el plazo de tres meses ó noventa días; otros, como el portugués, el mejicano y el de la Baja California, lo reducen á un mes ó treinta días; y excepción hecha del de Uruguay, que lo amplía á ciento ochenta días, nuestro Código es el que mayor término señala entre todos para la caducidad.

Aunque el precepto del artículo que examinamos es bien claro y explícito, se han suscitado, sin embargo, algunas dudas acerca de su inteligencia.

Fijando el Código el hecho del desembarco para empezar el cómputo del plazo establecido para incurrir en caducidad, se ha discutido si podría surtir dicho efecto el desembarco que hiciera el testador en cualquiera de los puertos de escala durante la travesía ó navegación, siempre que permaneciera en dicho punto el tiempo necesario para otorgar testamento en la forma ordinaria, ó si, por el contrario, se refiere el artículo al puerto de destino, ó sea aquel en que rinda el viaje la nave ó el testador.

Esta última opinión es la única aceptable, pues hasta en el lenguaje común no se entiende por desembarco el hecho de bajar á tierra por corto tiempo para volver á embarcar, sino el que se lleva á cabo en el punto de destino, ó sea cuando se pone término al viaje.

Otra duda no menos discutida se ha suscitado también. Fundándose algunos en las palabras *donde pueda testar en la forma ordinaria*, con que termina el artículo, sostienen que el punto de desembarco tiene que ser español para que pueda cumplirse la condición de que el nuevo testamento que pudiera otorgar hubiera de ajustarse á la forma ordinaria establecida en este Código. Pero lo que se ha querido decir con la indicada locución,

es que el nuevo testamento pueda ser hecho en condiciones normales y comunes, y no en las accidentales circunstancias que determinan la especialidad en el otorgamiento de las últimas voluntades, y como esto puede ocurrir desembarcando el testador en puerto español ó extranjero, entendemos que incurren en error los que sostienen aquella inteligencia.

En efecto, según veremos al examinar el art. 732, los españoles pueden testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen, y por lo tanto, desembarcando en puerto extranjero, en condiciones se halla el otorgante del testamento marítimo de testar en la forma ordinaria en dicho país con la calma y tranquilidad propias de las disposiciones testamentarias hechas en condiciones de normalidad.

El plazo fijado en este artículo deberá contarse sin interrupción y en la forma establecida en el art. 7.º; pero parece natural que si durante él volviera á embarcarse el otorgante y se hallare de nuevo en las mismas circunstancias y riesgos, se interrumpiría el lapso del mismo y habría que empezar á contarle otra vez al desembarcar en dichas condiciones.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 583, estableció análogo precepto, é idéntico es el 729 del de 1882, con la única diferencia de que, tanto este proyecto como el de 1851, fijaban el plazo de tres meses, en vez de los cuatro que señala el artículo que comentamos. Concuerda, además, dicho artículo, aunque con las variaciones indicadas respecto al plazo, con el 996 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 798 del de Italia, el 1958 del de Portugal, el 3563 del de la Baja California, el 3882 del de Méjico, el 1109 del de Colombia, el 786 del de Uruguay, el 1052 del de Chile, el 3684 del de la República Argentina, y el 992 del de Nápoles.

ARTÍCULO 731

Si hubiere peligro de naufragio, será aplicable á las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra ó mercantes lo dispuesto en el art. 720.

Los nueve artículos precedentes de esta sección se refieren al testamento marítimo ordinario, ó sea al otorgado en la primera de las dos situaciones que expusimos en las indicaciones con que comenzamos el estudio de la misma, es decir, estando la nave, y por lo tanto, el testador, sometidos á los riesgos de la navegación, pero sin que exista peligro inminente de naufragio. Pero, del mismo modo que respecto del testamento militar, el Código reconoce en el marítimo una segunda situación en casos de verdadera premura, motivada por la inminencia del peligro indicado; y así como en los artículos 720 y 721, teniendo en cuenta lo crítico y apremiante de dichas circunstancias, otorgó todo género de facilidades al militar en acción de guerra ó en peligro próximo de ella para que no falleciese intestado si su voluntad era testar, igualmente ha condedido esas mismas facilidades, con idéntico fin, al navegante en momentos de tal apuro.

Asimilado por este artículo el peligro del naufragio al que corre el militar durante una acción de guerra, ó en los demás casos expresados en el art. 720, y siendo el precepto que ahora examinamos una disposición de mera referencia á éste, nos bastaría aquí dar por reproducido lo dicho en el comentario del mismo, con la adición de las citas de las escasas concordancias, únicas que pueden hallarse en la legislación extranjera como complemento conveniente para su mejor inteligencia. Pero el estudio de este artículo ha dado origen á diversas cuestiones, que han dividido las opiniones de los comentaristas, y en las cuales debemos ocuparnos aunque sea muy brevemente.

En primer lugar, se ha censurado que el precepto que examinamos sólo haya hecho aplicable á los testamentas marítimos

lo dispuesto en el art. 720, prescindiendo del 721, con lo que sólo se concede al navegante en dichas circunstancias el medio de testar verbalmente, no autorizándole para otorgar testamento cerrado. Fúndanse para ello los impugnadores de tal artículo, en que, á su juicio, tanta razón de ser tiene la concesión de la modalidad establecida en el art. 720, como la de la forma regulada en el 721, y en que debiendo ser la misma la disposición legal donde exista idéntica razón de derecho, debe extenderse á una y otra forma la facultad concedida, por suponer que se encuentran en igualdad de circunstancias. Y hasta tal punto se lleva la censura, que se califica de *extraña* esa supuesta omisión, y se añade aún, *que ha de sorprender á todo el que estudie el Código.*

Pero lo que realmente sorprende es que no se haya apreciado por dichos comentaristas la diferencia que existe entre las circunstancias de una y otra de dichas clases de testamentos; pues en la embarcación no hay más que un jefe, y éste, en caso de naufragio, no puede distraer su atención en tan críticos momentos de la dirección de la nave para entretenerse en autorizar testamentos, dejando en el entretanto abandonado el buque, y con él la vida de la tripulación y de los pasajeros, á los peligros de una muerte segura. Por el contrario, en el caso del art. 721 son muchos los oficiales que pueden intervenir en el otorgamiento, dada la categoría exigida para ello, sin que tengan que abandonar la dirección de las operaciones ni poner en peligro la vida de los sometidos á sus órdenes.

Esta diferencia esencialísima, y cuya importancia no puede desconocerse, es la causa de que para los militares se autorice en esa situación de inminente peligro el otorgamiento de testamento cerrado, y no pueda concederse dicha facultad á los navegantes.

Estas mismas consideraciones sirven para resolver otra cuestión, planteada también por cierto expositor del nuevo derecho; cual es si, á pesar de no citarse en este artículo el 721, debe, sin embargo, considerársele aplicable, por la referencia hecha al testamento militar otorgado en la situación de inminente peli-

gro. Los que tal creen, alegan en su apoyo que lo contrario sería hacer de peor condición á los marinos que á los militares; que la misma razón existe para conceder una y otra de las dos formas á que se refieren los artículos 720 y 721; y que siendo éste un precepto complementario del anterior, con él debe entenderse aplicado, aunque no se mencione expresamente. Pero ya hemos visto la diferencia que existe entre ambos casos y el motivo que ha tenido el legislador para restringir el beneficio en consideración á ella.

Otra duda se ha suscitado aún. El artículo que examinamos habla sólo de peligro de naufragio; y como el 720 se refiere al riesgo que corre en batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro de acción de guerra, se ha planteado por algunos la cuestión de si el precepto que examinamos se extiende también al caso de guerra marítima ó de acción naval en que tome parte, bien el barco de guerra á cuya dotación pertenezca el testador, bien algún buque mercante que auxilie la escuadra; ó si, por el contrario, deberá ser interpretado el art. 731 en sentido restrictivo y literal, y con referencia tan sólo á los casos en que hubiere únicamente peligro de naufragio.

Los que opinan en el primero de dichos sentidos, dicen también que sería hacer de peor condición que los militares á los marinos, quienes además que arrostran como aquéllos los peligros de la guerra, se exponen á la vez á los riesgos del mar, tan inminentes en dichas circunstancias. Pero no se concibe que haya podido surgir siquiera la duda; pues en todos esos casos hay grave peligro de naufragio, y, por lo tanto, están comprendidos, no sólo en el espíritu, sino hasta en la letra del artículo objeto de este comentario.

Como el testamento regulado por el art. 720, el marítimo, otorgado en peligro de naufragio, es puramente provisional y condicional, dependiendo en definitiva su eficacia de la concurrencia de las dos condiciones indicadas en aquel artículo, á saber: 1.ª, que el testador fallezca durante el peligro que motivó el otorgamiento; y 2.ª, que se formalice después por escrito di-

cho testamento. Si faltare alguna de dichas condiciones, ya por salvarse de aquel peligro el otorgante, ya por no haberse formalizado después de su muerte, en el caso de no salvarse de él, el testamento quedará ineficaz y sin valor alguno.

Dicha formalización deberá hacerse en los términos indicados en el art. 720, aunque con las modificaciones exigidas por la naturaleza y circunstancias de esta clase de testamentos. Así es que, en vez de llevarse á efecto la diligencia ante el auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, tendrá que practicarse ante el jefe del buque, procediéndose después en la misma forma; pero en lugar de ser remitido al Ministerio de la Guerra para su curso, lo será al de Marina.

Tiene sus precedentes el artículo que examinamos en los artículos 2.º y 3.º del tít. 6.º, tratado 6.º de las Ordenanzas de la Armada de 1748. Los proyectos de Código de 1851 y de 1882, en sus arts. 577 y 730, respectivamente, establecieron preceptos análogos, y muy escasas son las concordancias que pueden encontrarse en las legislaciones extranjeras, pues la mayor parte de los Códigos no se han ocupado detenidamente del particular, encontrándose sólo algunas disposiciones ó reglas análogas para los casos de inminente peligro en general, como sucede en el artículo 1053 del de Chile y el 1110 del de Colombia, sin que se refieran especialmente al de naufragio.

SECCIÓN NOVENA

DEL TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

Trata el Código en la presente sección, como su epígrafe lo indica, de los testamentos que pueden ser otorgados por los españoles en país extranjero, estableciéndose en los cinco artículos que la forman las distintas reglas por las que se regula esta clase de disposiciones testamentarias, última de las formas especiales de testar reconocidas en el art. 677. Por país extranjero debe entenderse, no sólo el territorio de otra nación, sino también los buques de la misma, puesto que, según tenemos ya

dicho, éstos se consideran como parte ó prolongación de la nación respectiva, determinando su pabellón la territorialidad de los mismos.

El Código reconoce á los españoles el derecho que tienen para testar fuera de España, y para facilitar en todo lo posible la testamentifacción, siguiendo en esto á las legislaciones más adelantadas y científicas, concede á los mismos tres formas distintas de testar, cuya regulación y desarrollo constituye la materia objeto de esta sección; pudiendo considerarse la tercera de dichas formas como una excepción ó modificación de la segunda, introducida por efecto de las circunstancias especiales de la localidad en que tiene efecto el otorgamiento.

Constituyen dichas tres formas las siguientes: 1.ª, la usual en el país en que el otorgante se encuentre; 2.ª, la diplomática, y 3.ª, la ológrafa. La primera de ellas tiene lugar cuando el español testa ante el funcionario que, según las leyes del país en que resida, tenga la facultad de intervenir en el otorgamiento de los testamentos, en cuyo caso habrá de ajustarse en cuanto á la forma de su disposición testamentaria, á las prescripciones de las leyes de la nación en que testa, por estar sujetas al estatuto formal las solemnidades de las mismas. La segunda de dichas formas se refiere al caso en que el testador dispone su última voluntad ante el agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento, y como por una ficción de derecho internacional, tiene la consideración de territorio español el consulado ó la misión diplomática en que se lleva á cabo el acto ó la disposición de la última voluntad, resulta que el testamento en dicho supuesto tiene que ser considerado como otorgado dentro del territorio español, y habrá de ajustarse por tanto á las leyes españolas, observándose las formalidades prevenidas en las mismas excepto en lo relativo á la cualidad de vecino ó domiciliado, que no se exigirá en estos casos á los testigos. Finalmente, en la forma ológrafa, el testador habrá de ajustarse á las prescripciones de la legislación española.

A la primera de dichas formas se refieren los arts. 732, en

sus párrafos 1.º y 2.º, y 733; á la segunda, el 736 y siguientes, y á la tercera, el párrafo último del 732 antes citado; debiendo considerarse ampliados y complementados los principios generales establecidos en dichos artículos con las disposiciones de la legislación extranjera ó nacional que regulen las formalidades de los testamentos exigidas para cada caso, á las cuales necesariamente tienen que referirse sus respectivos preceptos, toda vez que en ellos no se hace otra cosa que consignar en abstracto la regla ó norma que ha de observarse con relación á las prescripciones aplicables en cada una de las formas establecidas.

Réstanos indicar, que el art. 600 de la ley de Enjuiciamiento civil determina los requisitos que han de reunir los documentos otorgados fuera de España para que tengan el mismo valor en juicio que los autorizados en ella; y por lo tanto, deberá cuidarse que en los testamentos hechos en el extranjero concurran esas circunstancias que sean eficaces y puedan surtir dichos efectos en su caso.

Esos requisitos son: 1.º, que el asunto ó materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes españolas, y por lo tanto, no podrán consignarse en el testamento en dichas condiciones otorgado, disposiciones que fueren contrarias á dichas leyes, como, por ejemplo, la privación sin justa causa, ó la disminución de los derechos legitimarios, la disposición mancomunada, etc., etc.; lo cual está conforme con el principio de derecho internacional que niega eficacia á los actos otorgados en país extranjero en fraude de las leyes de la propia nación; 2.º, que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse (y por la misma razón, en estos casos, para testar) con arreglo á las leyes de su país, toda vez que lo relativo á la capacidad se rige por el estatuto personal; 3.º, que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se hubiere verificado el acto, puesto que lo referente á la forma de los actos jurídicos se regula por el estatuto formal, rigiendo en él el repetido principio *locus regit actum*; y 4.º,

que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, como, por ejemplo, el reintegro del papel sellado que corresponda á la naturaleza del documento, el pago del impuesto de derechos reales, etc.

Según los arts. 88 y 92 del reglamento para la carrera consular de 24 de Julio de 1870, dicha legalización coresponde á los cónsules y vicecónsules, siempre que conocieren la firma del funcionario que autorice el documento, y si no la reconocieren, deberá legalizar dicha firma la autoridad local, y la de ésta el agente consular correspondiente. Si el documento hubiere sido expedido en la capital de cualquier nación extranjera, el Ministro de Estado ó de Relaciones extranjeras de la misma debe legalizar la firma del último atestado puesto por las autoridades de dicha nación, las cuales sucesivamente van haciéndolo por su orden jerárquico, y á su vez el embajador ó agente diplomático de España legaliza la de dicho Ministro, de modo que la última firma que se ponga en el extranjero ha de ser la del cónsul ó agente diplomático español, la cual será legalizada en España por el Ministerio de Estado.

Respecto de la traducción de dichos documentos, véase lo dispuesto en el art. 601 de la ley de Enjuiciamiento civil, el cual establece las reglas que han de observarse para ello, permitiendo en primer término la traducción privada si las partes le prestarán su conformidad, y en el caso de que alguna impugnare su fidelidad y exactitud dentro del término establecido al efecto, habrá de remitirse el documento á la Interpretación de lenguas para su traducción oficial.

Los requisitos indicados se refieren tan sólo á los documentos otorgados en otras naciones ante funcionarios de las mismas, y no á los que pueden otorgarse en el extranjero ante funcionarios españoles, como son los agentes diplomáticos ó consulares, en cuyo caso se reputan otorgados en España, según veremos al examinar el art. 734; y por lo tanto, los testamentos que han de revestir las solemnidades ó requisitos de forma in-

dicados, son los que conforme al 732 pueden hacerse sometiéndose á las leyes del país en que se testa, ante los funcionarios encargados de intervenir en su otorgamiento.

ARTÍCULO 732

Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al art. 688 aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Refiérense los dos primeros párrafos de este artículo, á la primera de las formas que, en las consideraciones iniciales de esta sección, hemos dicho se conceden á los españoles para testar en país extranjero, y la justicia de sus preceptos se comprende desde luego con la mera exposición de los mismos, pues sería negar la testamentifacción activa al que reside fuera de España, si se le exigieran para ello las mismas solemnidades exigidas por las leyes españolas, porque aparte de la dificultad de encontrar testigos idóneos que concurriesen al otorgamiento, sería de todo punto imposible hallar notario hábil, dado que sólo puede serlo en su demarcación nacional. Pero, además, esa exigencia vendría á infringir los principios esenciales del derecho internacional, mermando la jurisdicción y la soberanía propias de la nación en que se otorga el testamento.

Por el contrario, las prescripciones contenidas en los párrafos indicados son una recta aplicación de los principios que unánimemente rigen la teoría de los estatutos, y de acuerdo se hallan con el art. 11, que conforme con la base 1.ª de la ley de 11 de Marzo de 1888, establece que las formas de los testamentos, como las de los contratos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

Además, sus preceptos son de fácil comprensión, pues si bien se han suscitado algunas dudas, como más adelante veremos, acerca de la clase de eficacia de estos testamentos, esto no afecta á la claridad de dichas disposiciones, las cuales proveen á las necesidades que el movimiento de la época ha venido á crear.

El párrafo 3.º se contrae á la tercera de las formas que pueden utilizar los españoles para testar en el extranjero, y parece á primera vista que constituye una excepción de la regla consignada en los dos anteriores, toda vez que contra lo establecido en dicha regla se permite que un español teste ajustándose á las leyes españolas, aun contra la legislación del país, si ésta no admite la forma ológrafa.

En esta inteligencia, algunos comentadores del Código han estimado que existe real y positiva contradicción entre la prescripción de dicho párrafo y el criterio seguido en los casos anteriores por el legislador y por casi todas las legislaciones, que respetan siempre los principios del estatuto formal ó de la ley del domicilio, como algunos le llaman, sometiendo las formas de los testamentos á la legislación del país en que se otorgan. Pero rectamente apreciada la cuestión, se deduce fácilmente que no existe la contradicción que se supone, y que, por el contrario, es perfectamente lógico su contenido, porque las reglas del estatuto formal se refieren á aquellos actos jurídicos que para su práctica ó desenvolvimiento requieren determinadas formalidades ó solemnidades extrínsecas; pero el testamento ológrafo, por ser un acto enteramente secreto que no se exterioriza hasta el fallecimiento del otorgante, no se encuentra en dicho caso, pues no necesita solemnidad ni formalidad extrínseca alguna, hasta que ocurrida la muerte del testador sea presentado para su elevación á escritura pública y para su protocolización, con objeto de poder cumplir la disposición testamentaria. Y como donde ha de procederse á dichas diligencias y donde han de surtir todos sus efectos es en el lugar del último domicilio del testador en España, es indudable que, habiéndose cumplido las prescrip-

ciones de la legislación española en el otorgamiento, tiene que surtir eficacia, aunque el país en que fué hecho no admitiera esta clase de testar, toda vez que en dicho país no tiene que producir efecto alguno.

Para la validez de los testamentos ológrafos, han de cumplirse todos los requisitos exigidos por el art. 688. Antes de ser éste modificado por la ley de 21 de Julio de 1904, el legislador ordenaba expresamente en el artículo que comentamos, que en los testamentos ológrafos hechos en país ó buque extranjero, no era exigible el empleo de papel sellado. Modificado el art. 688 bajo la base de no ser necesario en general ese requisito, la misma ley citada de 21 de Julio de 1904, cambió la redacción del 732 que nos ocupa, suprimiendo en él las palabras «sin el requisito de papel sellado», que antes se contenían en el mismo, y que han dejado de ser necesarias, porque ya serían inútiles por no establecer ninguna excepción.

Los testamentos á que este artículo se refiere son los otorgados por aquellos españoles que accidentalmente se hallasen en el extranjero y no hubieran perdido su nacionalidad; pues si la hubieran obtenido en el país en que testaren, no siendo ya españoles, no podrían tener aplicación las disposiciones de este Código, ni existiría la razón de la especialidad que examinamos.

Fijándose en ese carácter que ha de tener la residencia del español en el extranjero para que tengan aplicación los preceptos del artículo que examinamos, se ha suscitado también discusión entre los comentaristas acerca de la virtualidad y eficacia de estos testamentos, entendiendo unos que dicha eficacia es sólo provisional y transitoria, y otros que absoluta y definitiva. Los primeros dicen que dicha virtualidad sólo dura mientras se halla en el extranjero el testador, careciendo de fuerza y eficacia desde que regresa á España y se encuentra en condiciones de testar en la forma ordinaria. Fúndanse para suponer esto, en que el testamento otorgado en estas condiciones es un testamento especial, estando reconocido como tal por el artícu-

lo 677, y en su virtud, como todos los testamentos especiales, debe dejar de subsistir desde que desaparece la razón de la especialidad ó al cabo del tiempo que se estime preciso para que el testador pueda con la calma y en las condiciones debidas acogerse á las formalidades comunes, que son á la vez la más segura garantía de la exactitud y autenticidad de las disposiciones testamentarias, añadiendo que el reconocimiento de los preceptos extranjeros que implica la eficacia de los testamentos otorgados fuera de España con arreglo á la legislación del país en que se testó, á virtud del principio de reciprocidad aceptado por casi todas las naciones, no puede producir sus efectos en absoluto, sino únicamente en aquellos casos en que por las circunstancias especiales deben convalidarse para no causar un mal mayor, como sería la privación de la testamentifacción activa; pues de concederse á dichos testamentos una virtualidad y eficacia absoluta, fácilmente podrían burlarse las prescripciones del Código y eludir su observancia los testadores con sólo traspasar la frontera, para regresar á su domicilio después de otorgado el testamento.

Los que sostienen la opinión contraria se fundan en que la validez intrínseca de los testamentos debe apreciarse con arreglo á la ley que rige su otorgamiento, siendo, por lo tanto, cosa independiente de ella las formas circunstanciales que hayan tenido que observarse en dicho otorgamiento; que el testador en el extranjero puede testar con arreglo á las leyes de dicho país, ó ante los agentes diplomáticos ó consulares con sujeción á la legislación española, como si se testase en España, y al no aceptar esta forma, sino la primera, para ordenar su testamento, desde luego queda demostrada su voluntad de que su sucesión se regule por aquella norma; y por último, que pudiendo el testador, al regresar á su domicilio, testar nuevamente en la forma ordinaria, al no hacerlo confirma con su voluntad presunta, demostrada con sus propios actos, la disposición testamentaria hecha en el extranjero.

Hacemos gracia á nuestros lectores de los demás fundamen-

tos alegados por una y otra parte para no dar mayor extensión á este comentario, pues los indicados constituyen el nexo de su argumentación. Pero desde luego se comprende que tanto unos como otros incurren en infundada exageración, pues no tienen razón los que dicen que dando virtualidad absoluta á dichos testamentos se autoriza al testador para eludir las prescripciones del Código, toda vez que respecto de la capacidad y de la disposición de los bienes han de regir los estatutos personal y real, cualquiera que sea el punto en que el español teste, no pudiendo prescindirse en tales casos de las leyes españolas; ni la tienen tampoco los que para todos los casos sostienen en general el criterio contrario, prescindiendo de las circunstancias que en cada uno de ellos pueden concurrir, las cuales necesariamente tienen que influir por modo poderoso en la resolución de dicha cuestión.

Un comentador del Código ocupándose de este particular, dice que hay que distinguir si el testamento hubiere sido hecho en territorio extranjero ante los funcionarios extranjeros facultados para ello; si fuere otorgado en embarcación extranjera, ó si el testador, en cualquiera de dichos casos, hubiese adoptado la forma ológrafa. En el primer caso, el testamento conserva en todo tiempo su validez inicial, en virtud de los principios de reciprocidad adoptados por casi todas las naciones, según los que es de admitir que las facultades concedidas á los extranjeros por las leyes de un país son otorgadas recíprocamente á los nacionales del mismo en las demás legislaciones. En tal concepto, aceptada por el otorgante la forma extranjera, ó sea la usual en el país en que testa, manifiesta queda su voluntad de someterse á ella, y no á la legislación respectiva de la nación de que procede, toda vez que para ello le hubiera bastado testar ante el agente diplomático ó consular correspondiente, y dicha voluntad tiene que ser respetada y mantenida mientras no sea modificada por el testador, puesto que el hecho del regreso no puede ser suficiente á implicar dicho cambio. Ninguna ofensa ni perjuicio puede haber en ello para la independencia y la soberanía de la

nación á que pertenezca el testador, puesto que á salvo queda la legislación de la misma para todo lo relativo al estatuto personal y al real, ó sea á la capacidad y disposición sobre los bienes, regulándose tan sólo por las leyes extranjeras la forma del acto testamentario, que es lo único de especial que hay en él.

En el segundo caso, es decir, cuando el testamento hubiere sido otorgado en alta mar en buque extranjero, con sujeción á la legislación á que el mismo corresponda, la solución tiene que ser distinta, porque el testamento marítimo, cualquiera que sea el país en que se lleve á efecto, es siempre especial por razón de las circunstancias en que es hecho, circunstancias puramente accidentales, que son determinantes de dicha forma de testar, y, por lo tanto, desapareciendo éstas, debe cesar también su eficacia.

Finalmente, en cuanto al tercero de los casos establecidos en el artículo que examinamos, ó sea respecto á la forma ológsafa, como el testamento así otorgado no necesita ninguna formalidad ó solemnidad hasta la presentación para su elevación á instrumento público, después de haber fallecido el testador, no hay por qué haya de ajustarse hasta entonces á las leyes del país en que hubiere sido extendido, puesto que no tiene vida exterior ó manifestación externa, y cuando ha de adquirirla por la presentación, ha de ser ya en territorio español. En su consecuencia, forzoso es reconocer la eficacia definitiva del mismo, haya sido ó no otorgado en país, ó buque extranjero, ó en territorio nacional.

Los testamentos á que se refiere este artículo son los otorgados por españoles en el extranjero ante los funcionarios públicos del país en que se testa, que, con arreglo á las leyes del mismo, estén facultados para intervenir en tales actos, y no los que se llevan á efecto ante los agentes diplomáticos ó consulares de España, pues en este último caso, las formalidades y solemnidades que han de observarse son las exigidas por las leyes españolas, y la disposición aplicable en dicho caso es el artículo 734.

El proyecto de Código de 1851, en su art. 585, y el de 1882, en el 731, establecieron preceptos análogos, y concuerda, además, el artículo que comentamos, con el 999 de los Códigos de Francia y Bélgica, el 1961 del de Portugal, el 1027 del de Chile, el 3834 del de Méjico, el 790 del de Uruguay, el 789 del de Guatemala, el 992 del de Holanda, el 3565 del de la Baja California, el 3635 del de la República Argentina y el 1589 del de la Luisiana.

ARTÍCULO 733

No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el art. 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado.

La razón del precepto consignado en este artículo se halla en el principio de derecho internacional indicado en las consideraciones con que comenzamos el estudio de la presente sección, el cual niega eficacia á los actos otorgados en país extranjero en fraude de las leyes de la propia nación.

Con arreglo á dicho principio, los testamentos otorgados por españoles en el extranjero ante los funcionarios autorizados para ello, han de reunir las condiciones esenciales para su validez, á saber: 1.ª, que en su otorgamiento se hayan observado las formalidades extrínsecas establecidas por la legislación del país en que se testó; y 2.ª, que no se falte á los requisitos intrínsecos ó sustanciales del testamento prescritos por nuestro derecho.

Esta regla responde á las dos partes que existen siempre en todo testamento: una, que se refiere á la ritualidad ó al procedimiento, y otra, á la sustancialidad ó á la esencia de la disposición testamentaria. Es decir, que en todo testamento hay una parte interna y otra externa: la primera afecta á su contenido, ó sea á las ordenaciones de las voluntades del testador; y la segunda se refiere á las formalidades para el otorgamiento de la última voluntad. La primera se rige por el estatuto personal, y

tiene que atemperarse siempre á las leyes del país del testador, y la segunda por el formal, debiendo ajustarse á las prescripciones vigentes en el país en que se testa; y por consiguiente, para que sea válido el testamento en tales condiciones otorgado, es preciso que exista esa armonía del mismo con las leyes formularias del lugar del otorgamiento, y con las sustantivas que regulan la capacidad y la libre disposición del testador.

En su virtud, prohibido por el art. 669, como contrario á la esencia y á la naturaleza de la disposición testamentaria, el testamento de mancomún, no puede éste subsistir ni tener validez alguna en España, aun cuando fuere otorgado en el extranjero al amparo de una legislación que autorizara dicha forma de testar, porque evidentemente afecta á lo sustancial ó á las condiciones intrínsecas del testamento, al limitar la libre disposición del testador y la facultad del mismo para ordenar ampliamente su voluntad.

Según expusimos al comentar el art. 669, algunos entienden que la conjunción de voluntades propias del testamento de mancomún es sólo una cuestión de forma, y como tal, sujeta al estatuto formal; pero aun en tal supuesto, tampoco podría ser eficaz el otorgado en el extranjero en contra del precepto prohibitivo del art. 669 citado, á virtud de la excepción establecida en el párrafo 3.º del art. 11 respecto de las reglas del citado estatuto, toda vez que, con arreglo á lo dispuesto en dicho párrafo 3.º, las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, en cuyos casos se encuentra la prohibición del artículo 669, no pueden quedar sin efecto por las leyes, sentencias ó convenciones acordadas por el país en que se lleve á efecto el acto.

Los que estiman que en el testamento de mancomún no existe más que una mera cuestión de forma, censuran el precepto del artículo que examinamos, por constituir, á su juicio, una violación de la soberanía propia del país en que se testa, y una excepción injustificada de los principios del estatuto formal, admi-

tidos en absoluto y sin limitación alguna en el art. 732, con el cual le consideran en contradicción. Mas el error en que con tal motivo incurren es bien notorio y patente, pues, como hemos visto antes, aun en dicha hipótesis se hallaría justificada la excepción referida por la regla consignada en el párrafo 3.º del artículo 11, la cual constituye un principio de derecho internacional, reconocido por todas las naciones.

Pero ya hemos dicho que la especialidad del testamento de mancomún no afecta sólo á la forma, ni estriba únicamente en la unión de las voluntades de los dos otorgantes por el mero hecho de su conjunción, sino en las limitaciones que por virtud de ella sufre la potestad de los testadores, en cuanto á la libre disposición de sus bienes; y mermando los derechos y las facultades de los mismos, es indudable que afecta al fondo del testamento y tiene por lo tanto que regularse por el estatuto personal, con arreglo al art. 9.º, según el que las leyes relativas á la capacidad de las personas obligan á los españoles *aunque residan en el extranjero*.

Esta opinión se halla conforme con la doctrina generalmente aceptada. Savigny, Fœlix, Martens y casi todos los tratadistas sostienen que la validez intrínseca del testamento debe ser apreciada con sujeción á la ley del domicilio del testador, no reputándose ejecutivas la cláusulas del testamento que se hallaren en contradicción con las disposiciones de dicha legislación.

A las indicaciones ya hechas puede añadirse aun otra en apoyo de la prescripción de este artículo y en contra de las censuras hechas al mismo. Según expusimos en las consideraciones iniciales de la presente sección, los documentos, y por lo tanto, los testamentos otorgados en el extranjero, para que sean válidos y eficaces en España, necesitan, entre otros requisitos, *que sea lícito y permitido por las leyes españolas el acto ó contrato* objeto de los mismos. Así lo disponía el Real decreto de 17 de Octubre de 1851: así lo ordena en general, para toda clase de documentos, el art. 600 de la ley de Enjuiciamiento civil; y esta es la teoría generalmente admitida. En su virtud, no siendo lí-

cito y permitido en España el testamento de mancomún, según el art. 669 del Código, el otorgado en el extranjero en dicha forma carecería del requisito esencial indicado, y no podría surtir efecto alguno en nuestro país.

Esto mismo es lo que viene á disponer el artículo que examinamos, el cual no declara nulo el testamento indicado, otorgado en el extranjero, sino que se limita exclusivamente á privarle de validez tan sólo en España. Fuera de ella podrá ser ó no válido según la legislación que impere; pero en España no podrá hacerse valer ni ejecutarse ó llevarse á efecto las disposiciones de sus cláusulas.

La misma teoría que hemos sostenido en cuanto al derecho internacional, rige respecto al interregional, y no hemos de insistir en ello para evitar repeticiones. Algunas comentadores, sin embargo, al examinar las cuestiones que pueden suscitarse con tal motivo, hacen aplicación de las conocidas reglas del estatuto real *lex fori* y *lex rei sitæ,* según se trate de bienes muebles é inmuebles, en conformidad á los principios admitidos por el artículo 10 del Código; pero no necesitamos refutar tales opiniones, porque el mismo artículo citado, en su párrafo 2.º, establece que, no obstante su precepto, las sucesiones legítimas y testamentarias, así respecto al orden de suceder como á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley de la persona de cuya sucesión se trate, sometiéndolas así á los principios del estatuto personal, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes hereditarios y el país en que se encuentren.

El artículo que comentamos no tiene precedentes en nuestro antiguo derecho Por primera vez se ocupó de esta materia el proyecto de Código de 1882 en su art. 732, en el que se establecieron preceptos análogos á los del que nos ocupa, y casi todos los Códigos admiten la misma teoría, aunque sin dedicar párrafo especial alguno al establecimiento de dicha disposición.

ARTÍCULO 734

También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el Agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria, la condición del domicilio en los testigos.

El presente artículo y los dos siguientes se refieren á la segnnda de las formas en que, según dijimos al principio de esta sección, puede testar el español que se encontrare en país extranjero. Llámase ésta diplomática, por intervenir en el otorgamiento el agente diplomático ó consular acreditado como representante de España en el punto en que fuere otorgada la disposición testamentaria; y como dijimos en las consideraciones expuestas al principio de la presente sección, se presume hecho en España el testamento en dicho caso por la ficción de derecho internacional, que concede extraterritorialidad á la misión diplomática ó al consulado, considerándole como parte del territorio de nuestra nación.

Los arts. 22 y 32 del reglamento de la carrera consular, de 23 de Julio de 1883, que derogó el de 31 de Julio de 1870, concedieron á los cónsules y vicecónsules en sus respectivos distritos funciones notariales, disponiéndose, en términos generales, que los vicecónsules desempeñaran el cargo de notario bajo la inspección de los cónsules, y autorizando á éstos igualmente para ejercer dichas funciones. El Código ha extendido también dicha facultad á todos los funcionarios diplomáticos, con la única condición de que se hallen acreditados con tal carácter en el punto del otorgamiento, estando reconocida esa potestad para toda clase de documentos en el párrafo 2.º del art. 11.

La razón natural y la fuerza imperiosa de las circunstancias así lo demandaban, porque siendo el agente diplomático ó consular la representación genuina de la nación en el extranjero, tiene que asumir en sí las funciones todas del organismo político y administrativo de la misma en todos sus órdenes y ramos. La misión diplomática ó consular es, en efecto, una parte del país representado por la misma, con todo el organismo propio de la nación, sólo que todas las funciones propias de él se hallan reconcentradas en el único representante de ella. Por eso suple al depositario de la fe pública, como tiene que suplir á los funcionarios de los demás órdenes de la Administración.

Reputándose en estos casos otorgado el testamento en España y ante funcionarios notariales españoles, indudable es que en el otorgamiento han de observarse las prescripciones y formalidades establecidas por las leyes españolas, y esta es la razón de la referencia hecha por el artículo que examinamos á las secciones 5.ª y 6.ª de este capítulo.

Aunque el artículo no lo hubiera establecido, así tendría que hacerse con arreglo al citado párrafo 2.º del art. 11, el cual previene con absoluta precisión, que cuando los contratos, *testamentos* y demás instrumentos llevados á cabo en el extranjero, fueren autorizados por los funcionarios diplomáticos ó consulares de España, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por nuestras leyes.

La referencia hecha á las secciones 5.ª y 6.ª es completa, sin más limitación que la relativa á la condición del domicilio de los testigos, la cual no puede ni debe ser exigida en razón á las circunstancias especiales de estos casos. Por lo tanto, si el testamento otorgado es abierto, habrán de aplicarse las disposiciones de los arts. 694 al 705, ambos inclusive; y si, por el contrario, optase el testador por la forma secreta ó cerrada, deberá entonces cumplirse lo ordenado en los arts. 706 al 715, también inclusive, sin más diferencias en uno y otro caso que las que racionalmente impone la necesidad por razón del punto en que se otorga el testamento, ó sean la de quedar suplida la fe y la in-

tervención del notario por la del agente diplomático ó consular, y la de que no sea precisa la cualidad de domiciliado en los testigos, por la imposibilidad de su cumplimiento, como tenemos ya dicho.

No estableciéndose ninguna otra excepción en esa referencia más que la condición ya citada del domicilio de los testigos, se ha dicho por algunos comentadores del Código, que deben ser íntegramente aplicados los demás preceptos de las secciones 5.ª y 6.ª para el otorgamiento de estos testamentos y para la determinación de su respectiva validez ó nulidad. Y de esta consideración deducen que el español que se hallare en el extranjero en inminente peligro de muerte, ó en caso de epidemia, podrá ordenar su testamento en la forma establecida en los arts. 700 y 701, sin necesidad de la intervención del agente diplomático ó consular llamado por la ley á ejercer las funciones notariales, toda vez que las prescripciones de dichos artículos han de ser íntegramente observadas, y en ellas no se exige la intervención del notario, que es la única misión que dicen viene á desempeñar el agente citado en el otorgamiento de estos testamentos.

No nos parece acertada esta opinión. Los mantenedores de ella prescinden de los términos en que se halla redactado el párrafo 1.° del artículo, y del enlace ó la relación que con ellos tiene toda la disposición del mismo. En efecto, el objeto y la razón de dicho artículo, es el establecimiento de la facultad concedida á los españoles en el extranjero para otorgar testamento *ante el agente diplomático ó consular de España*, y esta circunstancia es la que rige y determina como condición precisa toda la materia objeto del artículo que examinamos, el cual sólo se refiere á los testamentos otorgados ante dichos funcionarios, y á ellos es á los que se contrae la referencia hecha en el mismo.

Desde luego se comprende la exigencia de dicha circunstancia, pues de lo contrario, no estando otorgados estos testamentos ante los funcionarios referidos, no resultan hechos en España y no pueden tener aplicación las prescripciones de las leyes españolas en lo relativo á las formas y solemnidades de los mis-

mos. En su virtud, los testamentos llevados á cabo por españoles en el extranjero, en los casos de los arts. 700 y 701, necesitan la intervención del agente diplomático ó consular, aunque en España no sea precisa la del notario, cuyas funciones desempeña, siendo esa intervención una condición indispensable, pues en tanto puede estimarse otorgado en España y sujeto á la legislación española el testamento, en cuanto es llevado á cabo ante aquel funcionario; porque de no ser así, no podría reputarse hecho en parte del territorio español, por la ficción de derecho internacional que en otra ocasión hemos indicado. No autorizando el acto el agente diplomático ó consular de España, será aplicable el párrafo 1.º del art. 732, y habrá de otorgarse el testamento con sujeción las formas establecidas por las leyes del país en que se halle el testador.

Otra cuestión se ha suscitado entre los tratadistas, con ocasión de este artículo, y en ella debemos igualmente ocuparnos. Los términos en que resulta hecha la referencia á las secciones 5.ª y 6.ª de este capítulo, hacen perfectamente aplicables á esta clase de testamentos las disposiciones todas de dichas secciones, sin más limitación que la relativa á la condición del domicilio de los testigos. Entre esas disposiciones se hallan los artículos 705 y 715, que determinan la responsabilidad impuesta á los notarios, tanto en los testamentos abiertos como en los cerrados, para responder de los daños y perjuicios que sobrevengan por virtud de la declaración de nulidad de dichos testamentos, fundada en no haberse observado las solemnidades establecidas para los mismos, cuando la falta procediere de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables; y partiendo del supuesto de que la intervención del agente diplomático ó consular no tiene otro objeto que suplir la del notario, se ha suscitado la duda de si estaría ó no sujeto aquél á la misma responsabilidad que éste en dicho caso.

Algunos sostienen la opinión contraria; pero la generalidad de los comentadores entienden que dichos funcionarios se hallan sujetos á la sanción de los artículos citados. Somos de esta últi-

ma opinión, no sólo porque el párrafo 2.º del presente artículo se refiere, en la cita que hace, á todas las disposiciones de las secciones 5.ª y 6.ª, de que forman parte tales artículos, sino también porque las circunstancias son las mismas en uno y otro caso, y concurriendo la misma razón de derecho, debe ser idéntico el precepto de la ley. El agente diplomático ó consular, como el notario, está en el deber de conocer la legislación española para aplicarla acertadamente, y si por malicia ó por negligencia ó ignorancia inexcusables de su parte, se dió causa á la nulidad, y con ella á los daños y perjuicios citados, justo es que venga obligado á repararlos en armonía con lo dispuesto en el art. 1902, con arreglo al cual habría de imponérsele dicha obligación, aunque no se estimasen comprendidas en la referencia indicada las disposiciones de los artículos 705 y 715.

No en España, pero sí en el extranjero, se ha promovido también cuestión acerca de la condición ó cualidad nacional de los testigos. El artículo que comentamos, al hacer aplicables á los testamentos abiertos ó cerrados, otorgados en la forma diplomática, las disposiciones de las secciones 5.ª y 6.ª del presente capítulo, estableció que no sería necesaria la condición del domicilio de los testigos exigida por las mismas al ordenar que fueran idóneos los que concurrieran al otorgamiento, toda vez que para reunir dicha cualidad y no incurrir en la incapacidad del núm. 3.º del art. 681 necesitaban tener la condición de vecinos, ó, cuando menos, de domiciliados en el lugar del otorgamiento. Y al prescindir de dicho requisito hizo imposibles las dudas suscitadas, toda vez que por virtud de dicha disposición podrán ser testigos hasta los no domiciliados.

No sucede lo mismo en algunos otros Códigos extranjeros, como hemos dicho. Algunos comentaristas del Código portugués por ejemplo, han sentado la doctrina de que los testigos instrumentales del testamento en estas circunstancias otorgado necesitan precisamente tener la nacionalidad del país en que sean hechos ó en que se aprueben ó formalicen, para evitar, entre otras razones, las dificultades y los obstáculos que podrían opo-

nerse á la comprobación de la autenticidad ó falsedad del testamento si los testigos fueran de diversas nacionalidades y no pudiera por esta causa hacérseles concurrir á las correspondientes diligencias. Ferreira, el ilustre comentador de dicho Código, rebate victoriosamente esta opinión, fundado en que el Código, al permitir que los extranjeros sean testigos en esta clase de testamentos, no distingue si han de ser ó no del país en que el acto jurídico se efectúa, y, por lo tanto, no es lícito á sus intérpretes hacer distinciones.

Con arreglo á nuestro derecho hemos dicho que no es posible la duda, á virtud de la excepción contenida al final del presente artículo, y sin dificultad alguna, podrán ser testigos del testamento los extranjeros, toda vez que el testamento diplomático no se rige por las leyes del país en que se otorga, sino por las españolas, que hasta de la condición del domicilio eximen á los testigos, como ha dicho un autor, y, además, porque pudiendo ser testigos en testamento los extranjeros en España, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que se hallen domiciliados en el país, con la misma ó mayor razón han de estar en aptitud de serlo tratándcse de documentos otorgados en los consulados sostenidos por España en los países en que estuvieron aquéllos domiciliados. Tan conforme á los dictados de la razón es esto, que, aun cuando la ley no lo consignara, debería estimarse sobreentendido en la misma.

El Proyecto de Código de 1851, en su art. 586, y el de 1882, en el 733, establecieron preceptos análogos, y concuerda, además, el artículo que examinamos con el 789 del Código de Guatemala, el 1028 del de Chile, el 1083 del de Colombia, el 3835 del de Méjico, el 790 del de Uruguay, el 1962 del de Portugal, el 3566 del de la Baja California y otros.

ARTÍCULO 735

El agente diplomático ó consular remitirá, autorizada con su firma y sello, copia del testamento abierto,

ó del acta de otorgamiento del cerrado, al Ministerio de Estado para que se deposite en su archivo.

ARTÍCULO 736

El agente diplomático ó consular en cuyo poder hubiese depositado su testamento ológrafo ó cerrado un español, lo remitirá al Ministerio de Estado cuando fallezca el testador, con el certificado de defunción.

El Ministerio de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización en la forma prevenida.

En estos dos artículos se consignan principalmente las reglas que deben observarse, una vez otorgado y autorizado el testamento diplomático, para la conservación y custodia del mismo, y para la debida ejecución de la voluntad del otorgante después de su fallecimiento, tanto en ellos como en el ológrafo.

Refiérese el primero de dichos artículos á los diversos testamentos que pueden otorgarse ante el agente diplomático ó consular, acreditado como tal, y el segundo, al cerrado y al ológrafo; pero sus respectivos preceptos deben estimarse complementados y ampliados convenientemente con las prescripciones concernientes del Real decreto de 19 de Febrero de 1891, que reorganizó los servicios del Registro de actos de última voluntad y de la Real orden de 8 de Agosto de 1894.

La primera de dichas disposiciones impone á los agentes diplomáticos y consulares los mismos deberes que oportunamente dijimos eran impuestos á los notarios respecto de los testamentos otorgados en España, tanto por lo que se refiere á la comunicación que deben remitir á la Dirección general de los Registros en el término de tercero día á contar desde la fecha del otorgamiento ó protocolización, comprensiva de las circunstancias ordenadas en el art. 7.° de dicho Real decreto, como acerca

de la remisión de hojas mensuales relativas á su registro particular. De la segunda de las resoluciones citadas nos haremos cargo más adelante al examinar el párrafo 2.º del art. 736.

Cumplido este deber, ó sin perjuicio de su cumplimiento, dentro del plazo citado se procederá á lo dispuesto en el art. 735, empezando por la remisión al Ministerio de Estado de la copia del testamento, ó del acta del otorgamiento, según los casos. Si el testamento otorgado es abierto, se remitirá copia autorizada del mismo, y si fuere cerrado, entonces la copia que ha de remitirse es del acta de su otorgamiento. El artículo no habla de los testamentos ológrafos, porque éstos no se otorgan ante funcionario alguno, y, por lo tanto, nada tiene que hacer el agente citado, ni podría hacerlo tampoco por falta de conocimiento ó de noticia de su otorgamiento. Sólo en el caso de que el otorgante lo dejase en poder del representante de España, sería cuando tendría que proveer á su custodia y conservación mientras el testador viviera, y una vez ocurrido el fallecimiento, habría de dar cumplimiento á lo ordenado en el párrafo 1.º del art. 736, remitiéndolo al Ministerio citado.

Discuten los autores acerca del objeto y del propósito que tuviera el legislador al prescribir la remisión de la copia prevenida por el art. 735; pero cualquiera que sean los fundamentos de las diversas opiniones emitidas, aparece clara y expresamente consignado en el texto mismo de dicho artículo, que la remisión de esa copia al Ministerio de Estado se hace para que sea depositada en su archivo, y este depósito tiene por objeto asegurar su conservación y que en todo caso conste la existencia del testamento, para que los interesados puedan gestionar lo que les convenga.

Esa remisión deberá hacerse á la mayor brevedad, sin tener que esperar á que fallezca el otorgante; pues el objeto es poner en seguridad cuanto antes la voluntad del testador, si el testamento es abierto, ó hacer públicamente constar el hecho del otorgamiento en otro caso, para evitar fraudes y abusos.

En el primer caso, el testamento original quedará como ma-

triz en la oficina del agente que desempeña las funciones notariales, y en el segundo, ó sea cuando el testamento fuere cerrado, éste quedará en poder del testador ó de la persona á quien éste confiriese su guarda, ó del agente diplomático ó consular que interviniera en su otorgamiento, si el otorgante le hubiere hecho entrega de él para su conservación y custodia.

Recibida en el Ministerio de Estado la copia referida, debe pasarla al archivo para su depósito con el fin antes indicado. Algunos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1029 del Código chileno y en algunos otros, pretenden que sería más oportuno remitir dicha copia al juez del último domicilio del testador, porque allí es donde ha de tener su familia, sus amistades y afecciones, y, por lo tanto, es probable que allí se encuentre el presunto heredero, siendo así más fácil que tengan conocimiento de la disposición testamentaria los interesados en la sucesión, y puedan gestionar lo conducente para la ejecución y cumplimiento de la última voluntad. Pero ya en otra ocasión, y á propósito de la misma consideración, hemos dicho que, á virtud del establecimiento del Registro de actos de última voluntad, no es necesario ese registro que se pretende establecer en el pueblo del último domicilio, ya incorporando tales copias en el protocolo notarial, ya en el archivo municipal, toda vez que acudiendo al citado Registro general de actos de última voluntad los que se consideren llamados á la sucesión, podrán con toda facilidad obtener la certificación correspondiente, siendo mucho más adecuado y conveniente que los datos todos relativos á tales actos se hallen centralizados en una sola dependencia.

Si el testamento fuere cerrado, después de autorizada el acta del otorgamiento puede quedar en poder del testador ó de cualquiera otra persona á quien éste confíe su guarda, ó del mismo funcionario que interviniere en el otorgamiento, si á éste fuere entregado con dicho fin en el acto de su autorización ó después de él. Lo mismo puede suceder respecto del ológrafo, el cual, una vez escrito por el testador, puede conservarlo éste en su poder, ó confiar su guarda á alguna otra persona particular de su

confianza, ó entregarlo para su custodia al agente diplomático ó consular acreditado en el lugar de su residencia.

Si quedare dicho testamento en poder del testador, nada tendrá que hacer el agente mencionado hasta que ocurra el fallecimiento y en las diligencias de prevención correspondientes aparezca dicho testamento. En el caso de que quedare en poder de un particular de la confianza del testador, tampoco tendrá nada que hacer el agente referido hasta que, fallecido el otorgante, sea presentado el testamento por la persona encargada de su guarda, la cual, en armonía á lo dispuesto en el art. 712, deberá presentarlo oportunamente luego que sepa el fallecimiento, incurriendo, de no hacerlo así, en las responsabilidades establecidas en dicho artículo y en el 713. Y por último, en el caso de que dichos testamentos hubieren sido depositados en poder del agente diplomático ó consular indicado, se limitará éste á conservarlo y custodiarlo, y luego que fallezca el testador, se dará cumplimiento á lo ordenado en el párrafo 1.º del art. 736, remitiéndolo al Ministerio de Estado, con certificación de la defunción.

Los términos de dicho artículo no admiten limitación alguna y se refieren á todo testamento otorgado por español, que hubiere sido depositado ante dicho funcionario, y por lo tanto, comprende lo mismo al que hubiere sido otorgado en Espoña que en cualquier punto del extranjero. No es, pues, condición precisa que dichos testamentos hayan sido hechos en el lugar en que resida el funcionario á quien se confía su depósito.

No debe confundirse la remisión ordenada en este artículo con la que previene el 735. Este, por lo que respecta al testamento cerrado, se reduce á la copia del acta de otorgamiento, y el 736 se refiere al testamento original; aquella remisión, además, ha de tener lugar inmediatamente después del otorgamiento, y ésta no ha de llevarse á efecto hasta que ocurra el fallecimiento; aquélla se contrae á documentos otorgados ante el funcionario consular ó diplomático que ha de hacer la remisión, y ésta puede tener lugar aunque el testamento no hubiere sido

otorgado ante él, bastando que haya sido depositado en su poder.

Encontrado el testamento en las diligencias de prevención cuando lo conservó el testador, entregado por el particular encargado de la custodia en su caso, ó al tenerse noticia del fallecimiento del otorgante si quedó depositado en poder del agente diplomático ó consular, este funcionario hará la remisión indicada, y desde luego se comprende que ésta deberá tener lugar á la mayor brevedad.

El artículo citado no tenía que hacer esta prevención, puesto que se hallaba consignado en el art. 712, con el cual se encuentra en relación, toda vez que la obligación impuesta á dicho funcionario es la misma establecida en el mencionado artículo respecto de los notarios, con la única diferencia de que la remisión ha de hacerse al Ministerio de Estado, en vez de hacerlo al juez competente.

Una vez recibido por dicho Ministerio, se procederá á lo dispuesto en el párrafo 2.° del art. 736, cuyo precepto ha sido objeto de amplia impugnación por casi todos los comentaristas, con evidente y notoria injusticia á nuestro juicio.

En efecto, casi todos los comentaristas han supuesto que con el precepto indicado se rompe, sin necesidad que lo justifique, el secreto de los testamentos cerrados y de los ológrafos que permanezcan en dicha forma, porque entienden que para el llamamiento ordenado ha de preceder la apertura de dichos testamentos, con objeto de conocer las personas interesadas á quienes ha de llamarse para hacerles entrega del testamento. También se ha censurado que no se haya seguido el procedimiento establecido para los testamentos militares y marítimos, estimándose que, por no hacerlo así, existe una laguna en el Código que crea una verdadera dificultad, la cual podría salvarse remitiendo el testamento al juez del domicilio, ó al decano de Madrid en otro caso, para que procediera de oficio á su apertura en la forma dispuesta por la ley de Enjuiciamiento, con citación del Ministerio fiscal, y después de abierto y conocidas las personas fa-

vorecidas por él, se hiciese el llamamiento ordenado á los interesados. Y, por último, se ha criticado también que sea el Ministerio de Estado el encargado de hacer el llamamiento de que queda hecho mérito, porque dicen que esta misión corresponde á la jurisdicción ordinaria y no á una dependencia administrativa, porque pueden surgir cuestiones previas respecto de la entrega sobre el derecho á recoger el testamento, cuyas cuestiones sólo pueden ser resueltas por los Tribunales de justicia.

Pero se comprende fácilmente que carecen de fundamento tales objeciones con sólo fijarse en los términos del precepto impugnado, pues en él no se exige que en los anuncios que han de publicarse en la *Gaceta* se llame nominalmente á los interesados favorecidos en el testamento, sino que se limita á decir que se publicará en dicho periódico oficial *la noticia del fallecimiento, para que los interesados en la herencia puedan recoger el testamento y gestionar su protocolización*. Y como no se previene que se llame á las mismas personas instituídas, no hay necesidad de abrir previamente el testamento para saber quiénes sean, ni se rompe, por lo tanto, el secreto del mismo. Por el contrario, al publicarse la noticia se convocará en general á todos los que se consideren interesados, y á virtud de dicho llamamiento todos aquellos que por razón de parentesco, por los vínculos del cariño ó por cualquier otro motivo serio se crean favorecidos por la disposición del finado, acudirán á solicitar la entrega y la protocolización.

No hay, pues, tampoco la laguna y la dificultad que por algunos comentaristas se ha dicho, ni la necesidad de salvar dicha dificultad, aplicando por analogía lo dispuesto para los testamentos militar y marítimo, cuyas circunstancias son muy distintas al que nos ocupa.

Y, por último, no existe razón para censurar que sea el Ministerio de Estado el encargado de hacer tales llamamientos, porque no es cierto que dicho Centro tenga que resolver las cuestiones que se susciten sobre el derecho á recoger el testamento, ni acordar por sí la entrega, aunque sea uno sólo el so-

licitante, ni apreciar por sí la personalidad de los que comparezcan pidiendo el testamento, sino que estas cuestiones quedan reservadas á la jurisdicción ordinaria, toda vez que, conforme á la Real orden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia en 8 de Agosto de 1894, no puede ser entregado el testamento por dicho Ministerio *sino en virtud de un mandamiento judicial tramitado en debida forma.*

SECCIÓN DÉCIMA

DE LA REVOCACIÓN É INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Antes de entrar en el estudio de los artículos que comprende esta sección, conviene determinar con la mayor claridad posible los diversos conceptos de la revocación y de la ineficacia de los testamentos, para evitar confusiones en la inteligencia de sus preceptos.

Revocación es el acto por el que queda sin valor un testamento por voluntad del testador. Siendo el testamento la expresión de la última voluntad del otorgante, todas las legislaciones han tenido que reconocer como consecuencia de dicho carácter el principio de la revocabilidad, pues de lo contrario el testador vendría por el otorgamiento á dejar sujeta y ligada su voluntad para el porvenir, y no sería ya su disposición testamentaria la expresión fiel de lo que con posterioridad quisiera su voluntad. En virtud de ese principio, puede el testador anular todos los testamentos que tuviere hechos y otorgar otros nuevos, tantos como quiera, hasta su muerte.

Pero hay otros casos en que el testamento otorgado queda sin fuerza y sin efecto por causas independientes de la voluntad del otorgante, y que reconocen su origen en la ley. Á esto es á lo que se refiere la materia relativa á la *ineficacia* de los testamentos, que podemos definir como el efecto de la concurrencia de alguna de las causas que privan de fuerza al testamento por haberse omitido alguno de los requisitos esenciales que la ley exige para la validez del mismo, ó por haber sobrevenido algún

hecho que haga ineficaz ó imposible la disposición en él contenida.

Los términos de estas definiciones determinan claramente las diferencias que existen entre la revocación y la ineficacia de los testamentos. La primera depende de la voluntad del testador y se refiere á testamentos válidos, susceptibles de producir efectos jurídicos; la segunda procede directamente de la ley, y se contrae á testamentos nulos ó desprovistos de dichos efectos.

El derecho romano, por consecuencia del carácter formalista de dicha legislación, establecía muchas y sutiles distinciones en esta materia, que por no tener hoy aplicación resulta innecesario su examen.

En cuanto á la revocación, el principio general era que el testamento posterior hacía ineficaz al anterior, con tal que el nuevo fuese otorgado con todos los requisitos legales, porque sabido es que no podría morirse, según aquella legislación, con dos distintos testamentos. El principio indicado reconocía, sin embargo, diversas excepciones, entre ellas las relativas á los testamentos perfectos é imperfectos, cuando se hallaban en concurrencia unos y otros.

Respecto de la ineficacia también se establecían multitud de reglas y casos, reconociéndose como testamentos ineficaces los siguientes: 1.º, los *nulos*, ó sean los que contenían algún vicio esencial que afectare al fondo, como los otorgados por persona incapaz y los que no contenían institución de heredero, por ser ésta requisito indispensable para su validez en dicho orden legal; 2.º, los *injustos*, ó sea aquellos en cuyo otorgamiento no se cumplieron las solemnidades legales exigidas respecto á las formas de su otorgamiento; 3.º, los *rotos*, es decir, los que quedaban sin efecto por el nacimiento de algún heredero forzoso ó por la adquisición de dicha cualidad el que no la tuviera, ó por mera voluntad del testador; 4.º, los llamados *írritos*, que eran aquellos en que el testador después de su otorgamiento dejaba de ser ciudadano romano ó perdía su condición de persona *sui juris;* 5.º, los *rescindidos* por sentencia judicial á virtud de la quere-

lla de inoficioso, y 6.º, los *destituídos*, ó sea aquellos que quedaban sin efecto por no haber sido adida la herencia.

La legislación de Partidas copió el sistema romano, y el principio de la revocabilidad fué sancionado por las leyes 21 y 25, título 1.º de la Partida 6.ª, si bien estableciendo algunas limitaciones en la primera de dichas leyes y en la 22 del mismo título y Partida, de las cuales ha sido derogada por el Código la relativa á la cláusula *ad cautelam*, motivo frecuente de dudas y litigios, á lo que contribuía no poco la variedad de la jurisprudencia en cuanto á los requisitos exigidos para la invalidación de dicha cláusula. Limitábase también en dichas leyes la revocación del testamento anterior por el posterior cuando era otorgado el segundo en la equivocada creencia de haber fallecido el heredero instituído en el primero, así como por la preterición en el nuevo de los hijos instituídos en el anterior.

En cuanto á la ineficacia, aceptó también la legislación alfonsina el sistema romano, si bien la ley 24 del título y Partida antes citados, al establecer que el testamento cerrado se invalidaba si á sabiendas lo rompía el testador, quebrantaba los sellos ó borraba las firmas, ordenó que si alguna de estas cosas ocurriese por ocasión valdría el testamento.

Cambiado por completo el estado de derecho por la reforma introducida en la ley 2.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá (1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación), se llevó igualmente su espíritu reformista á esta materia, simplificándola casi á los mismos términos que constituyen el derecho vigente, en el que, conforme á la base décimaquinta de la ley de 11 de Mayo de 1888, se ha ordenado y metodizado el cuerpo de doctrina existente á la sazón.

Algunos comentaristas censuran la colocación que se ha dado á la sección presente, estimando que hubiera tenido lugar más adecuado al final de toda la materia de la sucesión testamentaria, y en apoyo de esta opinión citan el ejemplo de la mayoría de los Códigos extranjeros y aun el proyecto de 1851, que reservan todo lo relativo á la revocación y á la ineficacia para des-

pués de determinar las diversas disposiciones que pueden ser hechas en testamento.

Pero las indicaciones expuestas ya en otras ocasiones bastan á demostrar la pertinencia del orden seguido. En efecto, la sucesión testamentaria divídese en dos partes ó tratados, que constituyen los capítulos 1.º y 2.º del tít. 3.º del libro 3.º del Código. Estas son la testamentifacción activa y la pasiva; y perteneciendo á la primera de ellas lo relativo á la revocación y rescisión de los testamentos otorgados por las personas á quienes la ley concede la testamentifacción activa, la razón de método y el orden lógico en el desenvolvimiento y desarrollo de dichas materias exigían de consuno que, como parte integrante de la primera de ellas, se ocupase el Código en lo relativo á la revocación y rescisión de las disposiciones testamentarias. De aquí que esta sección sea la última del capítulo 1.º, destinado á la testamentifacción activa.

ARTÍCULO 737

Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales.

La generalidad de los términos de este artículo no admite excepción alguna, y por él quedan derogadas las cláusulas derogatorias generales y particulares admitidas por el derecho romano y por las Partidas, que tan perniciosos resultados produjeron en la práctica.

El principio de la revocabilidad, indicado en las consideraciones con que empezamos el estudio de la presente sección, es el fundamento y la razón legal de la amplitud concedida á este precepto.

La voluntad del testador depende, común y ordinariamente, de las circunstancias que le rodean, y, por lo tanto, en lo posible está que las condiciones en que se encuentre en lo futuro puedan impulsarle á variar la disposición que tuviere hecha; y si los testamentos no fueran revocables ó susceptibles de modificación posterior en todo ó en parte, no podría en dicha ocasión hallarse el testamento en armonía con la voluntad del otorgante, ni sería la exacta expresión de ésta.

Esa libertad del testador para modificar sus disposiciones hasta el momento de su muerte, consecuencia natural y lógica del derecho de propiedad, como en su oportunidad demostramos, es, además, por la razón antes indicada, una facultad equitativa y justa, que no puede menos de reconocer el derecho privado de todos los países.

Y, en efecto, el principio de la revocabilidad ha sido adoptado por todas las legislaciones, á excepción de las que autorizan el testamento mutuo ó recíproco, pues en dicho caso, como la disposición testamentaria no depende de una sola voluntad, sino de los dos testadores, se hace indispensable la conformidad ó el acuerdo de ambos para revocar ó modificar lo que en común hicieron, exigiéndose para ello en unos Códigos el mutuo consentimiento, y en otros que el testador que hace la revocación la haga saber á su compañero.

Lo esencial en este artículo es la declaración terminante, hecha en su párrafo primero, de que todas las disposiciones testamentarias, sin excepción alguna, son esencialmente revocables, aunque el testador hubiere expresado en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Consecuencia de este precepto es la prevención consignada en el párrafo 2.º del artículo que examinamos, relativa á la ineficacia de las cláusulas derogatorias, las cuales ha dejado ya de tener razón de ser.

En efecto: según ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de Octubre de 1892, las cláusulas derogatorias y *ad cautelam,* á las que no reconoce hoy valor alguno el art. 737 del Có-

digo, no tuvieron, según la antigua legislación y la jurisprudencia, más objeto que el de asegurar, enfrente del principio general de la revocabilidad de los testamentos por otros posteriores, la subsistencia y efectividad de aquellos en que eran consignadas dichas cláusulas.

Pero organizada la testamentifacción activa en los Códigos modernos bajo distintas bases, y partiéndose en su desenvolvimiento y organización del principio individualista de la libertad del testador para disponer de sus bienes, las citadas cláusulas derogatorias, como limitaciones de esa libertad de la propiedad, tenían que desaparecer y han desaparecido justamente.

Según declara la sentencia de 1.° de Marzo de 1905 es desde luego válida con arreglo al art. 737 la revocación de un testamento mancomunado, aunque en él se estableciese que no se podría revocar sino de mutuo acuerdo. Los legados hechos por ambos testadores á las mismas personas, si no consta la parte legada por cada uno de ellos, se entienden hechos por mitad á los efectos de dicha revocación.

Algunos comentaristas, al ocuparse en el examen de este artículo, proponen algunas cuestiones relativas á las condiciones que haya de tener la disposición del testamento posterior para surtir el efecto de la revocación del anterior; pero el estudio de ellas corresponde al comentario de los artículos que siguen, y toda vez que el fin único y la razón legal del que ahora tratamos son de tan fácil inteligencia y de tan claro precepto, ponemos término al presente, limitándonos á indicar que los proyectos de Código de 1851 y de 1882, en sus respectivos arts. 717 y 915, establecieron preceptos análogos, y que concuerda además con el 916 del Código de Italia, el 1683 del de la Luisiana, el 3824 del de la República Argentina, el 3665 y el 3666 del de Méjico, el 3472 y 3473 del de la Baja California, el 931 del de Guatemala, el 1001 del de Chile y el 960 del de Uruguay.

ARTÍCULO 738

El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

ARTÍCULO 739

El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Establecido en el art. 737 el principio de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, determínanse en los dos que son objeto de este comentario la forma y las condiciones en que puede ser llevada á cabo dicha revocación.

Por el primero de ellos, dada la amplitud de su precepto, ha venido á quedar sin efecto la corruptela admitida en nuestro derecho anterior, de modificar los testamentos, solemne y legalmente hechos, por declaraciones menos formales, como eran las cédulas y memorias testamentarias, otorgadas sin ninguna solemnidad; pues en adelante, y á partir de la publicación del Código, para que pueda ser revocado, total ó parcialmente, un testamento, es preciso que se observen las solemnidades necesarias para testar.

Téngase en cuenta que el Código no dice que se otorgue un nuevo testamento, sino que se observen las solemnidades necesarias para testar: luego será válida la revocación que se haga concurriendo dichos requisitos, aunque no se establezca en el nuevo acto ninguna disposición sobre los bienes, presumiéndose en dicho caso que la voluntad del testador fué morir intestado.

No todos, sin embargo, opinan de la misma manera, y mu-

chas son las cuestiones que se han suscitado entre los tratadistas acerca de las condiciones que debe tener la disposición ó el acto posterior de revocación para que pueda surtir dichos efectos.

Rogron, Merlín, Duranton, Toullier, Grenier, Demante y otros muchos autores extranjeros ocúpanse con extensión en dichas cuestiones, y en nuestra patria casi todos los comentaristas y expositores del Código han discutido extensamente acerca de dicha materia.

Una de las dudas originadas y planteadas por ellos, se refiere á si puede ser revocado un testamento abierto ó cerrado por otro ológrafo, ó si, por el contrario, se requiere en la revocación la concurrencia de las mismas solemnidades con que fué otorgada la disposición que se trate de revocar, hasta el punto de sostener que un testamento abierto sólo puede ser revocado por otro de igual clase, y un testamento cerrado por otro cerrado también, no siendo eficaz el ológrafo más que para derogar otro de la misma naturaleza.

Algunos expositores de nuestro Código son de esta última opinión, fundados en que,de lo contrario, se autorizaría el absurdo de que lo menos solemne tuviera más valor que lo solemne; pero la mayoría de los autores sostienen la opinión contraria, que es también la nuestra. La ley no establece diferencia de solemnidades para dicho efecto: concede igual valor y eficacia á todos los testamentos, cualquiera que sea su forma, siempre que hayan sido otorgados y elevados á escritura pública con los requisitos legales. Y el art. 738 previene expresamente que la revocación del testamento se haga *con las solemnidades necesarias para testar*, cuya generalidad, excluye lo opinión que combatimos.

En corroboración de esta doctrina, téngase presente que no se trata de apreciar el grado de valor que tengan ó merezcan dos pruebas ó documentos contradictorios sobre un mismo hecho, ó sea de dos testamentos distintos de una misma fecha y como manifestación de una misma voluntad, sino de hechos di-

versos ó de testamentos referentes á épocas distintas, y, por lo tanto, cada uno de ellos expresará la voluntad que tuviera el testador en el momento de su otorgamiento. En tal concepto, no puede estarse, para juzgar de su virtualidad y efectos jurídicos, á la mayor ó menor solemnidad de su forma, sino á la época en que fué otorgado, toda vez que las ordenaciones de la voluntad consignadas solemnemente pueden ser después modificadas por cualquiera otra posterior que reuna los requisitos necesarios para su validez y eficacia.

Además, el art. 739 resuelve también dicha cuestión, pues según él, basta que el testamento posterior sea perfecto, para que pueda derogar el anterior. No es necesario, pues, que tenga las mismas solemnidades ni pertenezca á la misma clase que el que ha de ser revocado, para que surta sus efectos derogatorios, el testamento posterior; basta con que revista alguna de las formas admitidas por la ley. Por lo tanto, lo mismo el testamento común y solemne que el especial, y aun el privado de toda solemnidad como el ológrafo, puede revocar el anteriormente hecho, cualquiera que sea la suma de formalidades ó de garantías de que se halle revestido, pues el objeto y la razón de la ley es que conste de una manera válida la última voluntad del testador.

Pero no basta que exista un testamento posterior para que se considere derogado el anterior. Es preciso para ello, como dice el art. 739, que aquél sea perfecto; esto es, que sea válido. Por lo tanto, el testamento nulo no producirá dicha revocación, pues lo que es nulo no puede surtir efecto alguno, y el anterior realmente continúa sin revocar. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 740, y con arreglo á él, si la caducidad del testamento fuere motivada por incapacidad del heredero ó de los legatarios, ó por renuncia de aquél ó de éstos, producirá sus efectos la revocación hecha en él, toda vez que en dicho testamento claramente se manifiesta la voluntad del testador, contraria á la subsistencia del revocado, y las circunstancias ó condiciones de la disposición últimamente otorgada no pueden determinar el renacimiento del mismo; con tanto más

motivo, cuanto que, según se establece en el párrafo 2.º del artículo 739 que examinamos, para que recobre su fuerza un testamento antes revocado, es indispensable que el testador declare expresamente que esa es su voluntad.

No es tan absoluta la regla consignada en el párrafo 1.º del artículo 739, que no admita sus excepciones. En efecto, según ha dicho un entendido expositor del derecho nuevo, hay casos en que no se concibe que el testamento posterior revoque al anterior, y en que, por el contrario, parece que la voluntad del otorgante es dar eficacia á ambos, aunque expresamente no se declare la subsistencia del primero. Esto sucedería, por ejemplo, si en el segundo testamento se limitase el testador á hacer algunas mandas ó cualesquiera otras disposiciones compatibles con las del primero, ó no relacionadas con la transmisión de sus bienes, como el reconocimiento de un hijo natural, el nombramiento de tutor, etc., etc.

De las indicaciones que preceden resulta que no basta que el otorgante de un testamento haya otorgado otro con posterioridad para que se entienda revocado el primero, sino que es necesario además que el segundo reuna los requisitos de ser perfecto y de no hallarse comprendido en ninguno de los casos de excepción expuestos.

Si aparecen dos testamentos contradictorios entre sí, pero de una misma fecha, ¿cuál será el que ha de ser revocado, si no hay medio de determinar el que sea anterior ó posterior? En el testamento común abierto no es posible que ocurra este caso, puesto que el art. 695 previene, no sólo que se consigne el año, mes y día del otorgamiento, sino hasta la hora en que se lleve á efecto; pero en otras formas de testar no se exige tal expresión, y podría ocurrir dicha hipótesis, por cuyo motivo hemos aconsejado en esos casos la expresión indicada para salvar esta dificultad.

El Código portugués, en su art. 1756, dispone que en tal caso se tengan por no puestas en ambos las disposiciones contradictorias; y aunque nuestra legislación no contiene precepto ex-

preso sobre ello, análoga doctrina ha sido admitida siempre por los autores y la jurisprudencia, así como por las leyes relativas á la interpretación de las disposiciones testamentarias.

Otra cuestión ha sido suscitada por los comentadores del Código, consistente en si podrá ó no recobrar su validez el testamento revocado por otro posterior especial que hubiere quedado después ineficaz por no haberse cumplido las disposiciones relativas á su eficacia; por ejemplo, el testamento otorgado en peligro inminente ó en caso de epidemia, que no hubiese sido presentado para su elevación á escritura pública en el plazo establecido en el art. 703, ó el ológrafo, cuya protocolización no hubiere sido solicitada dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento, según previene el art. 689.

El ilustre comentador del proyecto de Código de 1851, haciéndose cargo de esta cuestión, entiende que la ineficacia, en dicho caso, motivada por un hecho posterior al otorgamiento, no puede resucitar un testamento muerto. ó sea el que fué revocado por el posterior que quedó ineficaz, y por lo tanto, habrá de heredarse *abintestato* al testador; y es muy común además la doctrina de que, anulado el primer testamento, no puede renacer aunque el posterior incurra en caducidad ó ineficacia, á no ser que conste de una manera expresa la voluntad del testador de que recobre de nuevo su eficacia legal.

Mucho respeto nos merece dicha opinión del Sr. García Goyena, pero la creemos contraria á lo que después ha ordenado el nuevo Código civil. Ya hemos visto que, según el art. 739, para que el testamento anterior quede revocado por el posterior, es indispensable que éste sea *perfecto*. Los testamentos otorgados en inminente peligro de muerte ó en caso de epidemia y los ológrafos, no son perfectos, ni producen el efecto de tales testamentos, mientras no se eleven á escritura pública. Sin este requisito no son válidos y quedan ineficaces, conforme á lo prevenido en los arts. 689 y 703. Luego, si por el transcurso del término legal, ó por cualquier otro motivo, no pueden elevarse á escritura pública dichos testamentos, quedan nulos é ineficaces, y no pue-

den producir el efecto de revocar el testamento anterior perfecto.

La revocación, y lo mismo la ineficacia de los testamentos, puede ser expresa y tácita. Es expresa la revocación, cuando el testador manifieste ó haga constar debidamente su voluntad en dicho sentido con las solemnidades necesarias para testar, y tácita, cuando, sin declararla de una manera expresa, la deja sobreentender racionalmente el testador con sus actos, bien testando de nuevo, bien inutilizando ó tachando voluntariamente el testamento cerrado que obrare en su poder. Además, puede ser total ó parcial, según que afecte la revocación íntegramente á todo el testamento anterior ó á alguna de sus cláusulas.

La revocación total deja sin efecto todo el testamento revocado; sin embargo, si en él se hubiere hecho el reconocimiento de un hijo natural, no alcanzará á este acto la revocación y no perderá su fuerza dicho reconocimiento, con arreglo al art. 741.

Interpretando los arts. 738 y 739, y el 737, tan íntimamente ligado á los mismos, en su relación con la segunda disposición transitoria, se han dictado por el Tribunal Supremo las sentencias de 21 de Abril de 1896 y 29 de Septiembre de 1900, ésta relativa á memorias testamentarias posteriores á la vigencia del Código civil, y á la cual nos hemos referido al comentar el artículo 672, y la primera á un testamento con cláusula *ad cautelam,* revocado después de regir el Código sin aludir á dicha cláusula; cuestión que examinaremos al ocuparnos de la segunda disposición transitoria, por ser ese su lugar más oportuno.

Según la sentencia de 22 de Marzo de 1901, otorgado un segundo testamento con prevención de que subsistan los anteriores, en cuanto á ellos no se oponga lo dispuesto en el posterior, es preciso que exista verdadera oposición para que se entienda revocada la disposición que se supone haber quedado sin efecto.

Ahora bien: la facultad de revocar cada testador sus testamentos, reconocida en los arts. 737 y 739, se sobreentiende en relación á sus propios bienes, no respecto á aquéllos cuya facul-

tad de disposición ó la de designación de herederos en orden á los mismos está de algún modo condicionada, por lo cual una vez expresada por el fiduciario en un testamento la persona á quien debían pasar los bienes procedentes de su marido por encargo de éste, no cabe revocar tal designación en otro testamento posterior. (Sentencia de 7 de Diciembre de 1900.)

En el mismo criterio se inspira la sentencia de 23 de Noviembre de 1904, que examinaremos en el comentario de los artículos 876 y 877.

Hay, en efecto, determinadas disposiciones que, aunque contenidas en un testamento, llevan impresas cierto sello de irrevocabilidad que no consiente el cambio más ó menos caprichoso de la voluntad de un testador. En este caso se encuentra, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural.

La doctrina consignada en los dos artículos objeto del presente comentario se halla de acuerdo con nuestro antiguo derecho, especialmente el segundo, pues según la ley 21, tít. 1.º de la Partida 6.ª, confirmada por la 23 del mismo título y Partida, el primer testamento podía ser desatado por otro que fuere hecho después cumplidamente, en cuyos breves términos se halla comprendida toda la doctrina vigente sobre la materia.

El proyecto del Código de 1851, en su art. 718, y el de 1882, en el 916, establecieron preceptos iguales al 738, y el primero de dichos proyectos en sus arts. 719 y 720, y el segundo, en el 917, propusieron igualmente lo mismo que el 739 del Código vigente.

Concuerdan dichos artículos además: el 738 con el 1035 del Código de Francia, el 3827 de la República Argentina, el 1039 del de Holanda, el 1685 del de la Luisiana, el 917 del de Italia, el 961 del de Uruguay, el 1755 del de Portugal, el 719 del de Austria y el 939 del de Guatemala; y el 739, con el 1036 de los de Francia y Bélgica; el 713 y 723 del de Austria, el 3828 y 3831 del de la República Argentina, el 919 y 920 del de Italia, el 1685 del de la Luisiana, el 1213 al 1215 del de Chile, el 1271 y 1273 del de Colombia, el 932 del de Guatemala, el 1755

y 1756 del de Portugal, el 965 del de Uruguay, el 3670 y 3672 del de Méjico y el 3476 del de la Baja California.

ARTÍCULO 740

La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

En el comentario de los dos artículos anteriores hemos hecho ya alguna indicación acerca del presente, que basta á justificar su precepto.

Siendo, en efecto, el testamento la manifestación de la última voluntad del testador, desde el momento en que las disposiciones consignadas en un testamento aparezcan modificadas por un acto posterior de la voluntad, manifestada en forma eficaz, deben cesar los efectos del primer testamento, aunque luego después, por actos ó causas independientes de dicha voluntad, resulte ineficaz el título en cuya virtud se haya producido la revocación, siempre que no adolezca de un vicio de nulidad que le afecte íntegramente.

Los resultados de esta última disposición no pueden influir en el renacimiento del testamento ya revocado por la voluntad del testador, manifestada en contra de la subsistencia del primero, según tenemos dicho, y, por lo tanto, el precepto de este artículo, no sólo se halla plenamente justificado, sino que puede considerarse como de mero buen sentido. Así es que en casi todas las legislaciones se mantiene el mismo principio.

Los casos citados en el artículo que examinamos como causas determinantes de la caducidad ó ineficacia, son más bien demostrativos que determinantes de su precepto, y en su consecuencia, no sólo subsistirá la revocación cuando incurra en caducidad el testamento posterior por alguna de las causas indicadas expresamente en dicho artículo, sino también cuando resulte insubsistente por algún otro motivo, toda vez que la razón de de-

recho es la misma, siendo ésta además la inteligencia más conforme con el espíritu y la tendencia general de la disposición que examinamos.

Algunos comentadores del Código censuran la redacción dada á este artículo, suponiendo que se ha cometido un *lapsus* evidente al expresarse en él que el testamento posterior puede caducar por incapacidad del heredero ó de los legatarios, ó por renuncia de uno y otros; siendo así que, según el art. 764, no puede caducar dicho testamento, sino que, por el contrario, será válido aunque no contenga institución de herederos ó no comprenda ésta la totalidad de los bienes, ó aunque el nombrado no acepte ó sea incapaz de heredar, debiendo cumplirse en dicho caso las demás disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes.

Pero ni existe el error que se dice, ni el artículo que examinamos presupone la nulidad del testamento posterior, como se cree. Por el contrario, intencionadamente habla de *caducidad*, que es concepto distinto de la *nulidad*, demostrando así que el testamento sigue siendo válido, y sólo pierde su virtualidad en cuanto á lo que es objeto de aquélla. Y por eso, precisamente; porque á virtud de haber caducado la institución de heredero ó los legados hechos en el testamento posterior, quedando válido en lo demás éste, pudieran reputarse compatibles con lo subsistente del mismo las disposiciones del primitivamente otorgado, el Código se ha creído en el caso de establecer dicho precepto para evitar todo género de dudas y de vacilaciones en este punto.

No todos los expositores están de acuerdo en esta materia; pero para la recta inteligencia del artículo que examinamos, bastan las indicaciones precedentes, por lo que prescindimos de las diversas opiniones sostenidas por los mismos (1).

---

(1) Merlín, *Repert. verb. revoc.*, sección 2.ª, párrafo 3.°, art. 2.°, numero 6; Aubry y Rau, párrafo 725, núm. 5; Toullier, tomo 5.°, núm. 741, y Troplong, *Testament*, núm. 2050.

En el proyecto de 1851 no encontramos disposición alguna concordante con el precepto de dicho artículo, siendo el proyecto de 1882 el primero en que de una manera expresa se establece el principio indicado, por más que en nuestras antiguas leyes se hallan algunos precedentes del mismo.

Según tenemos dicho, casi todos los Códigos han establecido la misma doctrina, encontrándose concordancias con el presente artículo en el 965 del de Uruguay, en el 1757 del de Portugal, en el 3671 del de Méjico, en el 3477 del de Baja California, en el 1037 del de Francia y Bélgica, en el 921 del de Italia, en el 3830 de la República Argentina y algunos otros.

ARTÍCULO 741

El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

La excepción consignada en este artículo es consecuencia del concepto, que hemos indicado ya, de las causas en que se funda el principio de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias. En efecto, establecidas en un testamento las ordenaciones de la última voluntad del otorgante, pueden ocurrir después hechos ó surgir circunstancias y condiciones que modifiquen ó alteren profundamente las intenciones en que se inspira dicha voluntad, ó las causas que la determinaran, y por eso hay que dejar en libertad al testador para modificar sus disposiciones testamentarias, sin limitación de ningún género, considerándose su voluntad ambulatoria hasta la muerte.

Pero no sucede lo mismo con la declaración que se hiciere reconociendo un hijo ilegítimo, puesto que se trata de un hecho cuyas circunstancias esenciales no están sujetas á modificación, ni dependen de la voluntad del otorgante. Por el contrario, ese reconocimiento hecho constituye una confesión de la parternidad, determinante desde su origen de la mutualidad de dere-

chos y obligaciones, consecuencia del estado legal de familia; y reconocido este hecho en documento indubitado, basta que exista un solo momento para que produzca sus efectos de un modo irrevocable.

Sin embargo, para comprender su verdadero alcance, debe entenderse subordinado dicho precepto á lo dispuesto en los artículos 133 y 138.

Discuten los intérpretes acerca de la inteligencia que debe merecer la locución *hijos ilegítimos*, usada en dicho artículo. Unos dicen que, tratándose de un acto de reconocimiento, sólo puede referirse á los hijos ilegítimos susceptibles de ser reconocidos, es decir, á los hijos naturales. Otros, por el contrario, entienden, que disponiendo el art. 140, en su núm. 2.°, que el derecho á los alimentos y demás auxilios concedidos en los artículos 139 y 143 á los hijos ilegítimos no naturales, puede ejercitarse si la paternidad ó la maternidad resultare de un documento indubitado del padre ó de la madre en que expresamente reconozca la filiación, hay que reconocer la posibilidad de que dicho reconocimiento se lleve á efecto en una disposición testamentaria sin dificultad alguna, toda vez que el testamento tiene que ser considerado como un acto indubitado; y por lo tanto, deducen que el precepto que examinamos se refiere á todos los hijos ilegítimos, puesto que el reconocimiento que expresa es el de la mera filiación, y no el de la condición jurídica del hijo; reconocimiento que necesita acreditarse para poder hacer efectivos los derechos asignados á los mismos, con independencia de los de los hijos naturales. Somos de esta última opinión: el artículo habla en general del *reconocimiento de un hijo ilegítimo*, sin limitarlo al que tenga la condición de natural como lo habría hecho, si éste hubiere sido el propósito del legislador.

Tampoco tiene precedentes este artículo en el proyecto de Código de 1851. El de 1882, en su art. 919, establecía análogo precepto, si bien con la limitación de que el testamento en que se hiciere el reconocimiento hubiere sido abierto y otorgado ante notario. Concuerda también dicho artículo con el 3667 del

Código de Méjico y con el 3474 del de la Baja California, siendo muy pocos los que contienen precepto expreso sobre este extremo.

ARTICULO 742

Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, ó hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

En los artículos precedentes se ha tratado de las disposiciones relativas á la revocación expresa, y el presente se halla consagrado á la tácita, que, según hemos dicho, tiene lugar cuando se deduzca racionalmente de los actos del testador su voluntad de revocar ó dejar sin efecto una disposición testamentaria anterior.

Las circunstancias especiales de los testamentos cerrados, en los cuales es reservada y desconocida la voluntad del testador, y no existe otro título de identidad y autenticidad que el acta del otorgamiento, han hecho que la ley en todos los Códigos revista dicho otorgamiento de solemnidades especiales, para evitar, ó dificultar al menos, las falsificaciones ó suplanta-

-ciones de tales testamentos; y hasta tal punto ha llevado su precaución el legislador, que ha preferido considerar anulado ó revocado el que adolezca de los defectos consignados, aun cuando no haya habido intención de revocarle, si no pudiera probarse este extremo, puesto que por consecuencia de dichos defectos desaparecen las señales ó los medios por los cuales pudiera acreditarse su autenticidad.

Téngase en cuenta, que el artículo no se refiere al caso en que el testador destruyese su testamento, sino al de quebrantamiento, inutilización ó rotura de su cubierta y sellos, y á la inutilización de sus firmas por algunos de los medios indicados, *cuando no pueda averiguarse ó saberse quién llevara á cabo tales actos.* Esto explica la razón de su precepto, pues en el caso de que el testador mismo inutilizara ó destruyera el pliego que contuviese su testamento, manifiesta quedaría su intención y voluntad de dejarlo sin efecto, y desde luego se le tendría por revocado sin género alguno de duda. Pero en el caso de no ser destruído ó inutilizado el testamento por el mismo testador, sino por una persona ignorada, cabe la posibilidad y la duda de que esos actos hayan sido causados sin intención y hasta sin voluntad ni conocimiento del otorgante, y aun por mero accidente, y por eso se limita el artículo á establecer una presunción *juris tantum*, que, como todas las de esta clase, puede ser destruída por la prueba en contrario, prevaleciendo en dicho caso la subsistencia del testamento, si bien únicamente cuando se acreditare la concurrencia de las circunstancias expresadas en los párrafos 2.° y 3.°

Este artículo, en su primitiva redacción, fué uno de los que más empeñada impugnación motivaron al discutirse el Código en las Cortes. En su primera edición decía este artículo: «Será ineficaz y quedará sin efecto el testamento cerrado, siempre que se hayan quebrantado los sellos y abierto la cubierta, ó estén borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen, excepto cuando se pruebe que eso sucedió después de la muerte del testador, ó que éste lo verificó en estado de demencia. Se

entenderá que el vicio procede de la persona encargada de guardar el testamento, mientras no se pruebe lo contrario.»

Según dichos términos, la ley, desde luego, declaraba ineficaz ó revocado el testamento por el mero hecho de su inutilización ó por la alteración de sus firmas, sin tener en cuenta las circunstancias y las causas que hubieran podido motivar esos hechos, siendo así que en los términos de lo posible se halla que la destrucción ó la alteración citadas constituyan un hecho meramente fortuito ó ejecutado sin intención de revocar la disposición testamentaria.

Á virtud de las observaciones hechas en la discusión de que fué objeto al ser revisado el Código, en cumplimiento de la ley de 26 de Mayo de 1889, se modificó cuidadosamente el primitivo texto, distinguiendo con mejor acuerdo las diversas cuestiones y los distintos casos que pudieran ocurrir, según que el testamento se encontrare en el domicilio del testador ó en poder de una tercera persona. En el primer caso, la presunción es que debe ser revocado, pues los actos indicados deben imputarse al testador en cuyo poder se halla el testamento, y con ellos claramente se demuestra, en el caso de ser dependientes de su voluntad, la intención de revocar la disposición testamentaria. En el segundo, por el contrario, la presunción es que dichos actos hayan sido llevados á cabo por el tercero en cuyo poder se conservara el testamento. Y como en ninguno de dichos casos puede *à priori* y por modo indudable presumirse la persona que llevare á cabo tales actos ni la causa determinante de ellos, por eso la ley se limita á establecer una presunción *juris tantum*, subsistente mientras no se pruebe la autenticidad del testamento.

El criterio para resolver todas estas cuestiones debiera ser siempre la indagación de la voluntad del testador, y si de ella resultare la intención de revocar el testamento, tenerle por revocado; pero en la imposibilidad de apreciar en muchos casos esa intención, el Código ha tenido que establecer las reglas que ha considerado más conforme á esa voluntad presunta, y á esto obedece el objeto del artículo que examinamos.

No todos los tratadistas están conformes en las soluciones dadas por los diversos Códigos á estas cuestiones. En confirmación de ello pueden verse las opiniones de Pothier (1), Merlin (2), Troplong (3), Toullier (4) y Duranton (5).

El presente artículo tiene sus precedentes legales en el derecho romano (6) y en la legislación de Partidas (7). El Proyecto de Código de 1882, en su art. 920, estableció también preceptos análogos, y concuerda además con el 3836 del Código de la República Argentina, el 1941 y 1943 del de Portugal, el 3802 del de Méjico, el 3533 del de la Baja California, el 2219 al 2222 del de Sajonia, el 938 del de Guatemala y algunos otros.

ARTÍCULO 743

Caducarán los testamentos, ó serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

Según expusimos en las indicaciones con que comenzamos el estudio de la presente sección, éste es el único artículo de la misma que se ocupa realmente de la materia relativa á la ineficacia de los testamentos, estando limitado su objeto á establecer el principio general por que se rige dicha materia, según el que se reputa siempre eficaz el testamento en tanto que no exista disposición expresa en contrario.

Entonces también dijimos lo que debía entenderse por inefi-

(1) V. *Pand.*, tomo 1.º, pág. 194, núm. 1.º

(2) V. *Repert. Rev.*, *Revoc. de testament.*, párrafo 4.º

(3) V. núm. 2116.

(4) Tomo 5.º, núm. 661.

(5) Tomo 9.º, núm. 470.

(6) V. ley 1.ª, tít. 4.º, libro 28 del Digesto; leyes 2.ª y 8.ª, párrafo 3.º, título 3.º del mismo libro del Digesto; ley 1.ª, párrafo 10, tít. 11, libro 37, y ley 1.ª, párrafo 8.º, tít. 6.º, libro 38, ambos también del Digesto, y leyes 12, y 30, tít. 23, libro 6.º del Código.

(7) Ley 24, tít. 1.º de la Partida 6.ª

cacia, distinguiéndola de la revocación, y ahora nos resta añadir que puede ser expresa y tácita, y total ó parcial.

Es expresa la ineficacia, cuando así lo determina la ley, como en los casos que más adelante expondremos; y tácita, cuando se deduce lógica y jurídicamente del desacuerdo existente entre lo dispuesto por el testador y lo que la ley ordena. Una y otra será total, cuando afecte al testamento íntegro, y parcial, cuando sólo alcancen sus efectos á alguna ó algunas de sus cláusulas.

El Código, para evitar repeticiones, no expone conjuntamente todos los casos en que puede quedar ineficaz el testamento, sino que, á medida que los preceptos del mismo lo han hecho necesario, ha decretado dicha ineficacia, siendo preciso acudir á estas declaraciones para saber cuándo incurre ó no en ineficacia una disposición testamentaria. Por eso, en el artículo que examinamos, se dice que caducarán los testamentos, ó serán ineficaces, tan sólo en los casos expresamente prevenidos en el Código.

La caducidad es la pérdida de la eficacia, y por lo tanto, es perfectamente lógico que el Código se ocupe á la vez de la caducidad y de la ineficacia, por la indentidad de sus efectos.

Del estudio detenido de las prescripciones del mismo en materia de testamentos ó de ordenaciones de las últimas voluntades, y juzgando por las consecuencias que de ellas se desprenden, resulta que pueden existir disposiciones testamentarias ineficaces en todo ó en parte, ó que no surtan efecto alguno por tres causas distintas, á saber: 1.ª, por razón de nulidad; 2.ª, por razón de su propia naturaleza ó de sus términos; y 3.ª, por razón de caducidad, ó por la omisión de determinados actos que la ley exige para que tengan validez.

En el primer caso se encuentran todos los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades exigidas respectivamente para los de su clase. El precepto del artículo 687, que así lo declara, no puede ser más preciso ni más absoluto, y es una consecuencia natural del concepto de la nulidad en derecho, según el cual, lo que es nulo se supone que

no ha existido jamás, y, por lo tanto, no puede surtir efecto alguno.

Lo mismo debemos decir de aquellos en que haya mediado violencia, dolo ó fraude. Congruente con los principios de justicia en que se ha inspirado el Código civil, al procurar, tanto en esta materia como en la de obligaciones, la más libre y plena voluntad del otorgante, ha declarado nulas en su art. 673 las disposiciones testamentarias en cuyo otorgamiento haya mediado alguna de dichas causas ó circunstancias limitadoras de aquella voluntad. La razón ó el fundamento que para ello ha tenido el legislador es clara y fácilmente perceptible, porque si el testamento es la solemne manifestación de la voluntad del testador, toda causa que la limite ó falsee debe desde luego invalidar dicha disposición.

No es esta ocasión oportuna para detenernos á exponer lo que el Código entiende por violencia, dolo y fraude, ni cuándo estima la existencia de cada uno de ellos. Cuando tratemos de los requisitos esenciales de los contratos, y especialmente del consentimiento, expondremos la explicación de dichos conceptos limitándonos por ahora á indicar que todos aquellos testamentos en que haya mediado alguna de las causas expuestas, serán otras tantas disposiciones testamentarías que no surten efecto por expresa declaración de la ley.

Son nulas también y no surten efecto, según el art. 755, las disposiciones á favor del incapaz, aunque se las disfrace en forma de contrato oneroso ó á nombre de persona interpuesta.

En segundo lugar están las disposiciones testamentarías, que no surten efecto por virtud de su propia naturaleza. Tales son: 1.º, los testamentos mancomunados, ya lo hagan los testadores en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero; cuya clase de testamentos se halla terminantemente prohibida por el art. 669, de acuerdo con las censuras de los tratadistas y de la opinión profesional, para evitar los abusos y cuestiones á que con frecuencia daban lugar, así como las desigualdades poco equitativas que podían motivar en el cumplimiento de la insti-

tución recíproca de los testadores; y hasta tal punto se ha llevado ese propósito, que prohibe dichos testamentos aunque no exista lucro ó beneficio para los otorgantes por hacer la institución á favor de un tercero; 2.°, los hechos por comisario, pues según el art. 670, el testamento hoy día es un acto personalísimo, y no puede dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, salvo la excepción consignada en el art. 671; 3.°, las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándolas este nombre, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero; las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal fuera del segundo grado ó llamamiento; las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta ó pensión, y las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios, para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador (art. 785); 4.°, toda disposición hecha en favor de persona incierta, á menos que no se pruebe que por algún evento pueda resultar cierta (art. 750); 5.°, la disposición testamentaria otorgada durante la última enfermedad á favor del sacerdote que hubiere confesado al testador, ó á favor de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto (art. 752), así como las hechas por el pupilo á favor del tutor antes de ser aprobada la cuenta definitiva de la tutela, con la excepción establecida en el art. 753; y la disposición de todo ó parte de la herencia á favor del notario autorizante del testamento, ó de su esposa, parientes ó afines dentro del cuarto grado, ó de los testigos del testamento abierto y de los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales, con la excepción del art. 682 en estos casos (art. 754), y 6.°, las antiguas cédulas y memorias testamentarias.

Todas estas disposiciones testamentarias, aunque son expresiones de la voluntad del causante, no surten, sin embargo, efec-

tos por expresa declaración del Código, en razón á la naturaleza ó á los términos de las mismas.

Además hay otras que tampoco surten efecto por haber caído en caducidad ó á consecuencia de no haberse ejecutado determinados actos que la ley exige para su eficacia ó validez. Tales son: 1.°, el testamento ológrafo que no hubiere sido protocolizado en forma dentro de los cinco años, á contar desde el día del fallecimiento (arts. 689 al 693); 2.°, el testamento otorgado en peligro inminente de muerte, ó en caso de epidemia, en la forma que prescriben los arts. 700 y 701, si pasaren dos meses desde que hubiere el testador salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia, ó cuando no se presentare ante el tribunal competente dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del testador, si éste falleciere antes de pasar dos meses de haber salido del peligro de muerte (art. 703); y 3.°, los testamentos otorgados sin la autorización de notario, si no se elevaren á escritura pública y no se protocolizaren en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil (art. 704); y los testamentos militar y marítimo en los casos de los arts. 719, 720 y 730.

A todos esos diversos casos se refiere el artículo que examinamos, el cual, en realidad, no requiere comentario alguno, por constituir una disposición de mera referencia, cuyo alcance y sentido es fácilmente apreciable.

Declara la Resolución de la Dirección general de los Registros de 21 de Enero de 1898, que el estar hecha una partición por el notario autorizante del testamento, como contador nombrado en el mismo, no es defecto que impida ó suspenda la inscripción, porque estableciendo el Código civil en su art. 743, que las disposiciones testamentarias serán ineficaces en todo ó en parte, sólo en los casos expresamente prevenidos en dicho cuerpo legal, es obvio que no hallándose prevenido en dichos casos el de nombramiento de contador á favor del notario autorizante, no puede negarse validez y eficacia á la disposición testamentaria en que se contiene.

Se ocupan más ó menos incidentalmente de este artículo, sin

hacer declaraciones importantes respecto al mismo, las sentencias de 16 de Junio de 1902, 7 de Abril y 25 de Junio de 1903.

El proyecto de Código de 1882, en su art. 921, proponía idéntico precepto, el cual no tiene concordantes concretos en la generalidad de los Códigos extranjeros, pues si bien se observan algunas semejanzas, no se hallan éstas determinadas con la claridad y precisión necesarias para apreciar identidad entre ellos.

FIN DEL TOMO QUINTO

INDICE DEL TOMO QUINTO

LIBRO TERCERO

De los diferentes modos de adquirir la propiedad.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

Páginas.

FIN DEL INDICE